西北政法大学食品安全系列丛书之一

食品安全犯罪的罪与罚

主　编／舒洪水
副主编／陈京春　付玉明

中国政法大学出版社

食品安全犯罪的罪与罚



上架建议 刑法、食品安全



定价：45.00元

主　编／舒洪水
副主编／陈京春　付玉明

食品安全犯罪的罪与罚

中国政法大学出版社
2014・北京

图书在版编目（C I P）数据

食品安全犯罪的罪与罚/舒洪水主编.—北京:中国政法大学出版社，2014.11
ISBN 978-7-5620-5705-5

Ⅰ.①食…　Ⅱ.①舒…　Ⅲ.①食品安全－刑事犯罪－研究－中国
Ⅳ.①D924.393.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第267847号

出 版 者　中国政法大学出版社
地　　址　北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址　北京 100088 信箱 8034 分箱　邮编 100088
网　　址　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）
电　　话　010-58908524(编辑部)　58908334(邮购部)
承　　印　固安华明印业有限公司
开　　本　720mm×960mm　1/16
印　　张　19.5
字　　数　350 千字
版　　次　2014 年 11 月第 1 版
印　　次　2014 年 11 月第 1 次印刷
定　　价　45.00 元

《食品安全犯罪的罪与罚》是西北政法大学刑事法律科学研究中心系列学术丛书——食品安全问题研究之一，本书的出版得到西北政法大学“风险社会下的食品安全犯罪研究青年创新团队”经费支持。

序 / Preface

食品是人类生活的必需品，是人类生存和发展的物质前提和基础。食品安全是直接影响我国人民的身体健康以及生活质量的重要因素。但遗憾的是，我国食品安全领域却出现了极为严重的问题。近几年来，毒奶粉、毒大米、毒面粉、塑化剂、福寿螺、苏丹红、毒火腿、毛发酱油、黑心月饼、地沟油、染色馒头、牛肉膏……直至2014年7月份曝光的“福喜过期肉事件”、9月份曝光的台湾“地沟油事件”，一起起案件触目惊心，影响者众，轻者致病，重者要命。国人为之惊恐、为之愤怒，也将食品安全问题推到了舆论的风口浪尖。在市场经济条件下，一些从事食品生产、销售领域工作的不法分子以“牟利”为唯一目的，生产、销售不符合安全标准的食品，乃至生产、销售危及人们身体健康和生命安全的有毒、有害食品，有的已经造成了极其严重的危害后果。食品安全问题在我国已经成为全民关注的重要问题，许多领域的专家学者都在为解决我国食品安全领域存在的难题建言献策。不可否认，危害食品安全违法行为的防控需要全社会建立长效机制从根本上进行解决。不过，在道德教育、职业素质教育和民事、行政制裁手段不足以改善此不良局面的情况下，刑法的规制就不可缺位，有必要动用刑罚这一最严厉的制裁措施，打

击犯罪分子，实现预防此类犯罪的目的，从而改善现阶段我国食品安全领域出现的严重问题。

但是，一方面，我国现行食品安全犯罪的刑法规制体系存在诸多缺陷；另一方面，在刑事法学理论上，对食品安全犯罪这一新的犯罪领域的研究还非常薄弱。从以往的研究成果来看，基本上没有专门的论著对食品安全犯罪进行论述，只有一些相关著作的一小部分内容简单论及。对食品安全犯罪的研究主要出现在一些期刊论文上。可以说，当前的刑事立法与司法的状况，以及刑事法学理论研究水平，并不能完全应对风险社会下的食品安全犯罪所带来的挑战。因此，对食品安全犯罪的刑法规制进行深入、系统的研究具有深远的前景和重大的意义。

基于此，西北政法大学成立了以舒洪水教授为带头人的西北政法大学刑事法律科学研究中心青年学术创新团队——“风险社会下的食品安全犯罪问题研究团队”。该创新团队坚守刑事法一体化的基本运作思路，依托西北政法大学刑事法律科学研究中心、中国食品安全法治研究中心西安分中心、刑法学、刑事诉讼法学两个省级重点学科，以及陕西省法学会刑法学研究会、西北政法大学证据法研究所等多家专门研究机构，由来自刑法学、犯罪学、刑事诉讼法学、经济法学、民商法学、侦查学、司法心理学等多个不同学科的16名青年教师承担具体的食品安全犯罪及相关问题的研究任务。该团队成员的研究领域既包括基础理论研究范畴，也包括应用领域研究范畴；既包括刑事领域，也包括民商事、经济、行政领域。团队成员有：郑艳馨，教授，法学博士；涂永前，教授，法学博士；陈京春，教授，法学博士；付玉明，副教授；刘仁琦，副教授，法学博士；姚剑，副教授，法学博士；谭堃，法学博士；倪楠，法学博士；赵晓风，副教授；郭永亮，副教授；杨磊，法学博士；杨恪，法学博士；肖楠，讲师，博士生；肖新喜，法学博士；赵姗姗，法学博士。

该团队的发展紧紧围绕着“风险社会背景下的食品安全犯罪及相关食品安全问题”这一研究主题，密切关注风险社会下的食品安全犯罪的基本理论和司法实践问题，试图以集体形式，整合学科力量，优化研究结构，发挥各自专长，从不同角度全方位地促进食品安全犯罪领域的理论研究，为食品安全犯罪刑事法规制的完善提供一定的知识贮备，为我国食品安全犯罪的惩治与预防提供必要的理论支撑。

该团队自2012年10月正式成立以来，经过一年多的打磨，通过发挥多学科研究优势，团结协作，求真务实，一支协作、互补和可持续发展的精品学术团队初步成型，初步创出了西北领先、全国知名的食品安全研究学术品牌，在全国法学与食品安全的理论界、实务界具有较大的影响力，为实现团队多数成员成为食品安全领域研究专家的长远目标奠定了坚实的基础。

该团队立足科研，获得了5项省部级、厅级项目，推出了三十余项视角独特、观点鲜明、方法新颖的学术成果，有著作也有论文。

该团队积极参与国家立法工作，多次召开专家、学者以及包括全体团队成员在内的会议，为《食品安全法修订草案》的完善献计献策，先后为全国人大法工委、中国法学会食品安全法治研究中心、陕西省人大法工委提供食品安全法修订草案的修改建议，被认为“给出了比较权威的修改意见”。

该团队积极参与学术交流，扩大在学术界的影响。团队12名成员曾赴吉林大学，参加与吉林大学合办的食品安全犯罪研讨会，成果颇丰。在吉林大学期间，团队负责人舒洪水教授受邀为吉林大学法学院做了食品安全犯罪方面的学术讲座。团队还与西安市蓝田县人民检察院共同举办“问法白鹿原——食品安全犯罪的预防与惩治”大型学术研讨会。团队成员相继还在华东政法大学、本校长安刑事法论坛举办了讲座，效果很好。

该团队积极服务社会，为食品安全事业尽心尽力。团队负责人舒洪水教授、成员陈京春教授、刘仁琦副教授曾赴内蒙古呼伦贝尔、西藏拉萨、河南为当地食药监局、公检法等机关进行食品安全法、食品安全犯罪问题宣讲，在陕西西安为全省食药监系统、宝鸡市食药监局、雁塔区食药监局、未央区食药监局进行宣讲，在《中国社会科学报》、《法制日报》等报刊撰文，反响良好。

邀我作序的《食品安全犯罪的罪与罚》一书，是该团队按照研究计划，各成员围绕着研究主题，在各自研究的领域展开研究所形成的成果的集成，主要涉及食品安全犯罪的司法认定、立法完善以及犯罪预防三个方面的内容，涵盖了食品安全犯罪的罪与罚的各个方面，体现了该研究团队的理论研究进展，较为全面地展现了该研究团队在食品安全犯罪与刑罚研究的整体风貌。

按照计划，该团队将陆续推出《食品安全有奖举报制度研究》、《刑事诉讼与证据视域中的食品安全犯罪》、《民事、经济、行政视域中的食品安全问

题研究》等著作。我欣喜地看到，前述计划正在扎实地推进，《食品安全有奖举报制度研究》、《刑事诉讼与证据视域中的食品安全犯罪》两本书初稿已经完成，正在修改中。

我期待着，西北政法大学“风险社会下的食品安全犯罪问题研究青年创新团队”在学校的大力支持下，在团队负责人舒洪水教授的带领下，在团队成员的不懈努力与竭诚合作下，茁壮成长，不断推出更多的、更好的研究食品安全“真问题”的成果，为中国食品安全法治建设尽力，履行学者的社会责任与使命！

是为序。

贾　宇

2014年9月6日于古城长安

目　录 / Contents

序 ……………………………………………………………… I

第一章　食品安全犯罪的认定 ………………………… 1

第一节　食品监管渎职罪的认定及适用 ……………… 3

第二节　生产、销售有毒、有害食品罪中的“明知” ……………………………… 14

第三节　生产 、销售有毒、有害食品罪若干问题研究 ……………………………… 27

第四节　对生产、销售有毒、有害食品罪司法解释的理论解析 ………………………… 39

第五节　生产、销售有毒、有害食品罪疑难问题研究 ……………………………………… 50

第六节　生产、销售有毒、有害食品罪的认定 ……… 74

第七节　食品安全监管渎职类犯罪的因果关系 ……… 89

第八节　食品添加剂的安全标准与罪量判断 ……… 106

第九节　论生产、销售不符合安全标准的食品行为行政不法与刑事不法的区分 ……………… 121

第二章　食品安全犯罪的立法完善 …… 139
第一节　关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考 …… 141
第二节　食品安全犯罪的刑事立法问题 …… 151
第三节　论我国食品安全的刑法保护 …… 170
第四节　规范论在食品安全犯罪中的贯彻 …… 190
第五节　浅议食品安全犯罪中的司法鉴定问题 …… 207
第六节　试论在刑法中增设非法持有不安全食品罪 …… 213
第七节　食品安全犯罪的资格刑研究 …… 225
第八节　对食品安全犯罪主体配置资格刑的建议 …… 238

第三章　食品安全犯罪的预防 …… 245
第一节　基于 TRIZ 理论的餐饮服务业创新研究 …… 247
第二节　西安市民食品安全意识及行为调查分析 …… 264
第三节　治理与预防食品安全犯罪的可能路径 …… 274
第四节　浅谈食品安全犯罪的防控对策 …… 282
第五节　犯罪学视角下食品安全犯罪的原因与防控探究 …… 292

第一章

食品安全犯罪的认定

第一节

食品监管渎职罪的认定及适用

贾 宇 *

2004 年，安徽阜阳奶粉事件使得“大头娃娃”诞生；2008 年，河北三鹿奶粉中的三聚氰胺导致婴儿肾结石；2011 年河南双汇“瘦肉精”事件再次沉重打击了国民对于国产食品的信心。这一系列事件让食品安全问题引发了各方代表的高度关注，成为我国的热点问题，甚至被时任国务院总理温家宝痛斥为“诚信的缺失、道德的滑坡”。“那不都是我们的错。”这是河南瘦肉精案主犯刘襄在法庭受审时为自己做出的辩解，在他看来，此案造成的严重后果与相关部门对含瘦肉精生猪监管不力密不可分。〔1〕刘襄的辩解，并非毫无道理——不可否认，食品安全监督管理部门工作人员的渎职行为在一定程度上纵容了危害食品安全违法犯罪活动的发生，这也是重大食品安全事故频频发生的重要原因之一。

2009 年 6 月 1 日施行的《食品安全法》取代了《食品卫生法》，成为遏制食品安全事故的尚方宝剑，彰显了国家进一步强化食品安全监管的决心和信心。但是《食品安全法》主要强化对食品以及与食品相关产品的生产者、销售者及监管者的民事责任和行政责任，而没有直接在相关条

---

* 西北政法大学教授，法学博士，博士生导师。

〔1〕 周斌：“食品监管渎职罪入罪门槛高，新罪名已被束之高阁”，参见 http：//news. sohu. com/20111010/n321644870. shtml，2012 年 1 月 30 日访问。

文中规定具体的刑事责任，只是在其第98条规定："违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任"。其实，关于食品领域的违法犯罪行为必然要经历一个漫长的过程：食品的原材料采购需要过程，食品的制作生产需要过程，食品的经营销售需要过程等等，而在这一系列的过程中都有可能产生违法犯罪行为，但是只要监管到位，就可以有效避免犯罪行为的发生。因此，加强食品领域相关过程的监管检查，提高政府及其职能部门的责任，可以有效减少食品安全问题，降低食品安全犯罪率。"从某种意义上讲，打击食品安全监管领域的渎职犯罪比打击直接的生产、销售不符合食品安全的食品或者有毒、有害食品犯罪更加重要、更加迫切"。[1]

鉴于此，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（八）》，其中规定："负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处5年以上10年以下有期徒刑。""徇私舞弊犯前款罪的，从重处罚"。食品安全监管渎职罪的增设无疑会对食品监督管理职能部门的疲软监管追加一道"紧箍咒"，为百姓的餐桌多上一份保险，当然也体现了立法对食品安全的高度重视。《刑法修正案（八）》将食品监管方面的渎职犯罪单列出来，具有重大的意义：一是，强化规定对食品安全生产、销售、经营负有监督管理职责的有关国家机关及其工作人员责任，有利于进一步保障人民群众的生命健康权；二是，解决了职责性质相同的渎职犯罪行为因其所处单位部门的不同而承担不同程度的刑事责任的法律疑难问题，也就是通常所说的同质不同罚的问题，从而达到定罪与量刑的有机统一；[2] 三是，以往类似行为存在同质不同罪的根本区别，《刑法修正案（八）》实施后，可以对食品安全监管渎职罪统一追诉标准。

一、食品监管渎职罪的概念与犯罪构成

食品监管渎职罪，是指负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为。对于《刑法》第408条之一的规定应当如何确定罪名，这在"两高"确定罪名的司法解释出台之前，学界主要有两种观点：第一种是"一罪名说"，认为应当确定为一个罪名，但一罪名也有不同表述见解，例如，有的表述为"食

---

〔1〕 柴春元："权力寻租导致食品安全监管乏力"，载《检察日报》2011年4月22日，第1版。

〔2〕 刘国龙："'食品安全监管渎职罪'的理解与适用"，载《检察日报》2011年4月6日，第3版。

品安全渎职罪"[1]，有的表述为"食品安全监管渎职罪"[2]，等等；第二种是"二罪名说"，认为应当确定为两个罪名，表述为"食品安全监管玩忽职守罪"与"食品安全监管滥用职权罪"[3]。当然，无论是"一罪名说"还是"二罪名说"，都有其各自的主张依据，只不过是哪一种理由更有其科学性与合理性而已。笔者认为，"两高"司法解释最终采纳"食品监管渎职罪"一罪名的做法是妥当的。这从笔者下文对于本罪的犯罪构成的论述中可以体现出来。

1. 客体

我国刑法学界的主流观点认为，渎职罪的客体是国家机关的正常管理活动，渎职犯罪行为不仅会侵害国家机关的正常活动，严重损害国家机关在人民群众心目中的威信，妨碍国家基本职能的实现，而且还会侵犯公共的和个人的合法权益，多数情况下还会给国家和人民利益造成重大损失。笔者认为，食品监管渎职行为也属于渎职犯罪，故本罪的客体可认定为食品监管机关的正常监督管理活动，同时侵犯公共的和个人的合法权益。

2. 客观方面

根据《刑法修正案（八）》关于本罪的规定，本罪的客观方面表现为：负有食品安全监管职责的相关工作人员滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者发生其他严重后果的行为。具体而言，本罪的渎职行为可分为滥用职权行为和玩忽职守行为两种类型。

食品安全监管机关工作人员滥用职权的行为，是指不依法行使食品安全监管职务上的权力的行为，既包括非法地行使本人职务范围内的权力，也包括超越本人职权范围而实施的有关行为。首先，滥用职权应是滥用食品安全监督管理机关工作人员的一般职务权限，如果行为人实施的行为与其一般的职务权限没有任何关系，则不属于滥用职权。其次，行为人或者是以不当目的实施职务行为，或者是以不法方法实施职务行为，在出于不当目的实施职务行为的情况下，即使从行为的方法上看没有超越职权，也属于滥用职权。最后，滥用职权的行为违反了职务行为的宗旨，或者说与其职务行为的宗旨相违背。

食品安全监管玩忽职守的行为，是指严重不负责任，不履行职责或者不正确履行职责的行为，如擅离职守、马虎行事、搪塞敷衍等。不履行，是指行为

---

〔1〕 于杰："最高检：纵容非法生产等食品安全渎职罪将重查"，载 http://www.taihainet.com/news/cnnews/2011-05-04/686154.html，2014 年 11 月 20 日访问。

〔2〕 孙瑞灼："设立'食品安全监管渎职罪'值得期待"，载《人民法院报》2010 年 12 月 25 日，第 2 版。

〔3〕 袁彬、唐仲江："关注《刑法修正案（八）》热点争议问题"，载《法制日报》2011 年 3 月 9 日，第 10 版。

人应当履行且有条件、有能力履行职责，但违背职责没有履行，其中包括擅离职守的行为；不正确履行，是指在履行职责的过程中，违反职责规定，马虎草率、粗心大意。

“重大食品安全事故”或者“其他严重后果”的界定对认定是否构成本罪相当关键。根据《食品安全法》第99条规定：“本法下列用语的含义：食品，指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。食品安全，指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。……食品安全事故，指食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品，对人体健康有危害或者可能有危害的事故。”因此，从字面上理解重大食品安全事故应是指，重大的食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品，对人体健康有危害或者可能有危害的事故；而根据国务院发布的《国家重大食品安全事故应急预案》，可以将食品安全事故分为四级，即特别重大食品安全事故、重大食品安全事故、较大食品安全事故和一般食品安全事故。对于事故等级的评估核定，由卫生行政部门会同有关部门依照有关规定进行。鉴于各部门和各地方行政规章不可能完全统一，可能无法明确安全事故的等级界限，笔者认为相关司法解释有必要尽快出台，从而确定罪与非罪的标准。在确定了“重大食品安全事故”的统一标准后，根据同类解释规则，“其他严重后果”的界限便可以确定，即与“重大食品安全事故”的严重程度相当的情形。而在相关司法解释出台之前，在司法实践中具体认定“重大食品安全事故”或者“其他严重后果”时，我们不妨参见最高人民检察院2006年7月26日发布的《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》和国务院发布的《国家重大食品安全事故应急预案》。

在判断食品监管渎职罪的客观方面时，一定要把握食品安全监管机关工作人员的滥用职权行为和玩忽职守行为同重大食品安全结果或者其他严重后果之间的因果关系。而食品监管渎职罪的因果关系具有其自身的特点，即偶然性和间接性——“重大食品安全事故”或者“其他严重后果”的发生，并不是行为人所实施的食品监管渎职行为所必然造成的，在许多情况下，行为人实施渎职行为可能会导致重大损失后果的发生，也可能不发生重大损失的后果，也就是说，行为人所实施的渎职行为并不是必然地导致本罪得以成立的客观危害后果的发生，客观危害后果之所以发生经常是中间介入了他人的行为或者由于某些事件发生，是其他人的行为或者客观事件直接造成本罪客观危害后果的发生；也就是说，客观危害后果的发生并不是行为人的渎职行为所直接造成，而是由与行为人的渎职行为有关的他人行为或者客观事件的发生所直接造成。

3. 主体

本罪的主体是特殊主体，即负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员。

根据我国现行《刑法》第93条的规定可知，国家机关工作人员属于国家工作人员中的一种类型。长期以来，我国刑法理论和司法实践对国家工作人员的范围存在身份论和公务论的争议。身份论认为，国家工作人员犯罪是一种职务型犯罪，作为犯罪主体的国家工作人员必须具有国家工作人员的身份；而公务论则认为，犯罪主体是否国家工作人员，应以是否从事公务来决定，而不问其是否具有国家工作人员的资格身份；还有学者主张，应当将身份与公务有机地结合起来，二者不可偏废，即以国家工作人员论者必须具有一定的资格身份，如果不具有资格身份，则不可能从事公务，而具有资格身份的人，如果从事的仅仅是劳务，也不是国家工作人员。[1] 根据全国人大常委会2002年12月28日发布的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》，“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任”可知，在司法实践中，对国家机关工作人员的认定，我们应当采取公务论。但是，所谓国家机关工作人员，具体是指国家各级权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。但并非任何国家机关工作人员都可构成本罪，本罪就主体做出了进一步的限定，即其主体必须是负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员。我国《食品安全法》将食品安全的监管工作赋予了卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门的工作人员。[2] 故对于本罪主体的认定需要结合渎职罪的一般规定和《食品安全法》的相关规定予以认定。

4. 主观方面

本罪的渎职行为可分为滥用职权行为和玩忽职守行为两种类型，所以，对于本罪的主观方面的认定，也可以从这两个方面出发予以认定。

对于“玩忽职守型”的食品监管渎职罪的主观方面，学界并无争议，都认为其主观方面为过失，即应当预见自己玩忽职守的行为可能导致发生重大食品

---

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第136～137页。

〔2〕 钱岩：“刑法问责食品监管庸官贪吏——析解《刑法修正案（八）》之食品监管渎职罪”，载《中国检察官》2011年第13期，第38页。

安全事故或者造成其他严重后果的危害结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免。但是，对于“滥用职权型”的食品监管渎职罪的主观方面，学界则存在较大的争议，主要有以下几种观点：第一种观点认为滥用职权的主观心理态度只能是间接故意；第二种观点认为滥用职权的主观心理态度只能是过失；第三种观点认为滥用职权的主观心理态度既可以是过失，也可以是间接故意；第四种观点认为滥用职权的主观心理态度既可以是过失，也可以是间接故意与直接故意；第五种观点认为滥用职权的主观心理态度为故意，即行为人明知自己滥用职权的行为会发生破坏食品安全监督管理机关的正常活动，损害公众对食品安全监管机关工作人员职务活动的合法性、客观公正性的信赖的危害结果，并且希望或者放任这种结果发生；而“重大食品安全事故”或“严重后果”虽然是本罪的构成要件，但宜作为客观的超过要素，不要求行为人希望或者放任这种结果发生。〔1〕

笔者同意第二种观点，理由如下：

第一，如果说滥用职权只能出于间接故意，那就意味着要对出于直接故意的滥用职权行为以其他犯罪论处，这有悖于直接故意与间接故意的统一性；基于同样的理由，笔者也不赞成本罪的主观内容既可以是过失，也可以是间接故意的观点。

第二，犯罪的故意具有特定的内容，具体表现为对自己实施的法益侵害行为及其结果的认识是希望或者放任的态度。而不论对于“玩忽职守型”的食品监管渎职罪来说，还是对于“滥用职权型”的食品监管渎职罪来说，虽然行为人对于滥用职权和玩忽职守的行为本身的实施都可能出于故意的心理态度，但是，对于其结果均表现为“重大食品安全事故”或“其他严重后果”，从罪责刑相适应的原则出发，行为人对于这样的结果只能出于过失的心理态度，即既不希望也不放任其发生，它的发生出乎了行为人的预料。

第三，故意与过失是两种不同的罪过形式，罪过形式不同表明行为人的主观恶性程度不同，所应承担的刑事责任的大小也不一样，对故意犯罪的处罚比过失犯罪重，是刑事立法的一个基本原则。从刑法将“玩忽职守型”的食品监管渎职罪 和“滥用职权型”的食品监管渎职罪并列规定在一个条文中，并且规定完全相同的法定刑的意旨也可看出，这两种行为类型的主观方面是相一致的；并且我们在上文中也提到了，不仅对于滥用职权的行为本身可以出于故意，即使对于玩忽职守的行为本身也可以出于故意。所以，我们不能仅以行为人对行

---

〔1〕 安文录、虞浔：“食品监管渎职罪疑难问题司法认定研究——以《刑法修正案（八）》第 49 条为主线”，载《政治与法律》2011 年第 9 期。

为本身的心理态度认定本罪的主观方面。这更加能够说明“玩忽职守型”的食品监管渎职罪的主观方面只能是过失，而如果认为行为人对“重大食品安全事故或者其他严重后果”的结果持希望或者放任的态度，要么不符合实际，要么对这种行为应当认定为危害公共安全罪等其他罪。

二、食品监管渎职罪与其他犯罪的关系

1. 本罪与放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的关系

在现行刑法中，与食品监管渎职罪相关联的是第414条放纵制售伪劣商品犯罪行为罪。所谓放纵制售伪劣商品犯罪行为罪，是指对生产、销售伪劣商品犯罪行为负有追究责任的国家机关工作人员，徇私舞弊，不履行法律规定的追究职责，情节严重的行为。要构成本罪，必须要有放纵生产、销售伪劣商品犯罪行为的行为，对此，可以从以下两个方面进行理解和把握：一是，生产、销售伪劣商品的行为必须构成犯罪，一般的生产、销售伪劣商品行为不能成为本罪的前提，同时笔者认为，生产、销售伪劣商品的行为构成犯罪，并不局限于或仅指构成刑法第三章第一节所列犯罪，还包括侵犯知识产权犯罪中与生产、销售伪劣商品罪形成想象竞合犯的那部分犯罪；二是，生产、销售伪劣商品犯罪行为最终是否被追究刑事责任不影响本罪的构成，而只是对本罪的情节是否严重产生影响。

食品监管渎职罪与放纵制售伪劣商品犯罪行为罪犯罪主体相同，即均为国家机关工作人员，但两者的犯罪领域不同，前者为食品安全领域，后者为所有商品领域；客观方面也不尽相同，后者放纵的必须是刑事案件，常常采取的是以罚代刑，而前者渎职行为的前提既可以是犯罪行为，也可以是一般食品安全违法违规行为。但是本罪与放纵制售伪劣商品犯罪行为罪存在着一定的竞合关系，即在食品安全领域，负有食品安全监管职责的国家工作人员可能放纵制售伪劣食品的犯罪行为，并且最终造成重大食品安全事故或者发生其他严重后果，这时，行为人的行为既符合本罪的构成要件，同时也符合了放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的构成要件。对于此种情况应当如何处理呢？刑法学界有人认为，这时应适用“特殊条款优先”的规则，食品监管渎职罪是特殊法条，放纵制售伪劣产品罪是一般法条，即渎职罪与相关犯罪法条关系及其适用选择问题是刑法立法细分造成的，相互之间形成双重的法条竞合关系。[1] 但是，笔者并不同意这种观点，笔者认为，食品监管渎职罪与放纵制售伪劣商品犯罪行为罪都是

---

〔1〕 安文录、虞浔：“食品监管渎职罪疑难问题司法认定研究——以《刑法修正案（八）》第49条为主线”，载《政治与法律》2011年第9期。

渎职罪中的具体罪名，它们之间并不存在法条竞合的关系，因此，对待上述情形，应采用想象竞合的原理，即从一重处罚。

2. 本罪与受贿罪的关系

针对食品监管渎职罪，《刑法修正案（八）》规定，徇私舞弊犯本罪的，从重处罚。徇私舞弊中的“徇私”可分为徇私情、徇私利。在徇私舞弊的食品监管渎职罪中，如果徇私利的行为本身又构成受贿罪，应如何处理？笔者认为，不妨把这个问题转换一下，即若受贿罪中行为人利用职务便利为请托人谋取不正当利益的行为本身又涉嫌其他罪名，应如何处理？对此问题，刑事立法及相关司法解释只对少数罪名做了规定，且规定的处理方式有所不同：如《刑法》第399条第4款规定受贿而又徇私枉法、枉法裁判的，择一重罪论处；而最高人民法院1998年4月6日通过的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第7条规定，“因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚”。对于《刑法》第399条第4款的性质，刑法学界有“注意规定”与“法律拟制”之争：有的学者认为该规定属于注意规定，因而可以在渎职罪中推而广之；而有的学者主张该款规定属于特别规定，并进一步指出该款只是规定因受贿而犯徇私枉法、枉法裁判罪的，才能依照处罚较重的规定定罪处罚。[1]

要想厘清本罪与受贿罪的关系，我们首先需要厘清两罪的法条的内涵及其关系。笔者认为，就徇私舞弊的食品监管渎职罪而言，“徇私”仅仅属于行为的动机，是一种主观的超过要素，不存在与之对应的客观事实；而“舞弊”虽然属于本罪的客观的构成要件要素，但它并没有自己独特的意义，其仅仅表现为行为人滥用职权或玩忽职守，对危害食品安全的行为不予监管。而受贿罪中的“非法收受他人财物，为他人谋取利益”中的“为他人谋取利益”虽然是受贿罪的客观构成要素，但它仅仅表现为一种承诺，因为，只要行为人收受他人财物，并且承诺为他人谋取利益的，职务行为的不可收买性就受到了侵害，而不需要行为人客观上有为他人谋取利益的行为，更不需要为他人谋取的利益已经实现。

基于以上论述，我们可以很清楚地看到，如果在徇私舞弊的食品监管渎职罪中，行为人徇私利的行为本身又构成受贿罪，则表现为行为人的舞弊行为构成食品监管渎职罪，而其徇私利的行为又构成受贿罪，数行为侵犯数罪名，应当进行数罪并罚。而《刑法》第399条第4款的规定只能属于法律拟制，不具

---

〔1〕 黄华平、梁晟源：“《刑法》第399条第4款的罪数形态之新论——兼析想象竞合犯与法条竞合、牵连犯的界限”，载《中国法学会刑法学研究会年会论文集》（2005年）第2卷上册，第501～502页。

有普遍意义。

3. 本罪中有关共同犯罪的问题

从实践反映的情况看，食品监管渎职行为也可能发生在以下情形：即食品生产单位、销售单位生产、销售不符合食品安全标准的食品，而食品监管机关工作人员为徇私情在明知的情况下不予监管的；或者，监管人员在执法过程中发现食品生产单位生产的食品不符合食品安全管理法，因徇私情、私利而不依法监管的。上述两种情况中，监管人员都是明知食品生产单位或人员未按法律法规生产合格食品，而故意放任不管。对此，我们有理由认为监管人员的渎职行为系他人从事食品安全犯罪的不作为的帮助犯。如果上述行为同时构成食品监管渎职罪，则属于一行为触犯数罪名，应择一重处罚。

三、食品监管渎职罪的查处与完善

食品安全监管是一个庞大的社会工程，涉及社会的方方面面，而我国的食品安全监管是“分段式”管理，从上到下依据各自的职责进行了分工，县级以上卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门依法行使其职权，承担其责任，容易造成管理疏漏，这是出现食品安全事件的体制性原因。也因此，在查办渎职犯罪时可能存在以下情况：一是，相关部门职能有交叉或空白，导致权责不清，难以认定；二是，调查环节多，相对调查时间较长，证据容易灭失、伪造；三是，涉及相关部门利益，查办阻力较大。

对于食品安全监管渎职侵权犯罪行为的认定，看起来较为容易，但在实务中确认其是否渎职有相当难度，可能存在部门之间相互推诿责任的情形，他们还可能以检测技术限制、抽样概率问题等理由进行辩解，让司法管辖无从下手。食品安全事故发生后，经调查可能各监管部门都恪尽职守，只能把事故原因归咎于现有的监管体制，结果是相应责任人仅受行政处罚，使食品安全监管渎职罪真正搁置。

因此，要使食品安全监管渎职侵权犯罪的查处落到实处，还需要加强以下几个方面的制度建设：一是，进一步改变管理模式，细化监督部门的职责范围，建立行之有效的管理制度体系，确保监管责任和行政权力没有交叉和空白；二是，建立第三方专案调查组，确保调查和追究责任不受地方保护主义或部门利益集团的干扰；三是，执行并逐步完善食品安全事件应急处理预案，建立通报、报告、举报制度，确保司法机关掌握事件情况，及时发现渎职犯罪。

应当说，在食品安全事故频发的当下，《刑法修正案（八）》对食品监管渎职罪的设立无疑给大众吃了一颗定心丸，但不可否认的是，现行刑法对食品监管渎职罪的规定仍然有许多需要完善之处，这主要体现在以下几点：

第一，《刑法修正案（八）》第49条将“导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果”、“造成特别严重后果”作为本罪的客观方面构成要件，但却未对这些内容做出明确的界定，导致该罪名在司法实践中的适用受到影响。有观点指出，在司法实践中，可以参考《食品安全法》、国务院《国家突发公共事件总体应急预案》以及地方性的《食品安全事故处置工作预案》等法律法规来理解适用“重大食品安全事故”〔1〕。但笔者认为，参照法规判定是否构成食品监管渎职罪，确定罪与非罪的标准掌握在行政部门手中，有悖于罪刑法定原则。而且，参考这些法律规范来理解适用“重大食品安全事故”，容易导致标准不一，不利于公平正义的实现。为了使定罪量刑有一个统一的标准，做到罪刑法定，尽快出台司法解释明确“重大食品安全事故”、“其他严重后果”、“特别严重后果”实属必要。

第二，《刑法修正案（八）》第49条仅规定了有期徒刑和拘役两种自由刑，并无罚金刑的规定，刑种单一。因为在涉及食品安全犯罪当中常有巨大的经济利益在其中，徇私舞弊型的食品监管渎职犯罪更是如此。因此，笔者建议对应两个量刑幅度可以分别规定轻重不同的两种“可以并处型”的罚金刑。

有观点认为，《刑法修正案（八）》没有设置食品安全犯罪的资格刑，没有很好的处理好与《食品安全法》的衔接关系，即2009年2月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过的《食品安全法》第93条规定：“……违反本法规定，受到刑事处罚或者开除处分的食品检验机构人员，自刑罚执行完毕或者处分决定作出之日起10年内不得从事食品检验工作。食品检验机构聘用不得从事食品检验工作的人员的，由授予其资质的主管部门或者机构撤销该检验机构的检验资格。”而我国《刑法修正案（八）》第49条并无类似“10年内不得从事食品检验工作”的刑罚规定，但依据《食品安全法》第93条之规定，任何此类犯罪人实际上将被不加区分地剥夺10年担任此类职务的资格。〔2〕但是笔者认为，因为我国现行刑法目前的刑罚体系中并无类似《食品安全法》中规定的资格刑，若增设资格刑则会打破目前较为稳定的刑罚体系；另外，针对食品监管渎职行为，《食品安全法》中已作了剥夺从业资格的相关规定，同样能起到限制行业准入，惩罚并预防食品监管渎职犯罪的效果，因此，不必动用刑法这最后一道防线。

---

〔1〕孟庆华：“‘食品监管渎职罪’客观要件的理解适用”，载《中国纪检监察报》2011年6月17日，第7版。

〔2〕安文录、虞浔：“食品监管渎职罪疑难问题司法认定研究——以《刑法修正案（八）》第49条为主线”，载《政治与法律》2011年第9期。

刑法的修订，让我们充满了新期待：期待通过新罪的规定，形成足够的震慑力，通过法律的严惩，让犯罪分子无所遁形，不敢心存侥幸。但怎样使该罪名能真正的适用恐怕还有多方面的问题，实际处理时也还需要相关的司法解释来支持，在这种情况下，我们应该认真学习相关理论知识，结合实践经验，为以后办理相关案件做好理论和实践方面的双重准备。相信在各方的共同努力下，我国的食品安全问题一定能找到更好的解决办法，关于食品安全方面的渎职行为，必将得到最大限度的遏制。

不容否认的是，刑法针对食品监管渎职行为的规定对食品安全的维护来说是必要的，但绝非是充分的，我们同时需要看到，我国关于食品安全方面的法律仍存在巨大的漏洞，例如，法律体系缺乏系统性和统一性，法律要素重复；条款笼统不细致，伸缩性大，空白漏洞较多，缺乏可操作性；自身完善和补充机制缺乏，适应新形势的新法律条款显得滞后；对违法行为处罚较轻，法律威慑力不够；一个权威性高、协调性强的统一食品安全管理机构的法律地位没有得到充分确立，等等。更为重要的是，法律的作用始终是有限的，因此，为了更加有效的保障食品安全，进一步的提高公民的文化素质和职业道德是势在必行的。

第二节

生产、销售有毒、有害食品罪中的“明知”

舒洪水 *

当今世界，食品安全危机被广泛认定为是风险社会的重要表征，食品安全已成为各国政府和消费者关注的重大社会问题。在我国，在经济一直保持较快增长的背景下，食品安全问题也日益突出。令人应接不暇的食品安全事件正在不断侵蚀着公众对于食品安全最基本的信任，“毒奶粉、毒大米、毒面粉、塑化剂、福寿螺、苏丹红、毒火腿、毛发酱油、黑心月饼、地沟油、染色馒头、牛肉膏……直至 2011 年 3 月份曝光的双汇‘瘦肉精事件’，一起起触目惊心，影响者众，轻者致病，重者要命。国人为之惊恐、为之愤怒。”〔1〕 为了应对日益严重的食品安全犯罪问题，《刑法修正案（八）》针对生产、销售有毒、有害食品罪，将“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害”修改为“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”，并将“致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害”修改为“致人死亡或者有其他特别严重情节”，扩宽了加重处罚的范围；又将“销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金”修改为无限额罚金，并取消了基本犯“单处罚金”的规定，加重了罚金刑的适用。

---

* 西北政法大学教授，法学博士。

〔1〕 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012 年第 2 期。

尽管立法对生产、销售有毒、有害食品罪进行了完善，司法机关也在加强对食品安全相关违法案件的打击力度，但是，食品安全问题的形势仍然严峻。国家工商总局统计显示，2010 年全国查处涉及食品安全违法的案件约 7.69 万件，2011 年查处的约 6.2 万件，2012 年查处的约 11.1 万件。但是，最高人民检察院统计显示，2011 年全国各级检察机关共依法批捕危害食品安全的犯罪嫌疑人仅 1801 人，提起公诉仅 1254 人。[1] 2012 年移送司法机关的食品安全犯罪案件仅 406 件。[2] 究其原因，有在司法实践中行政执法与刑事司法机制衔接不畅的问题，有证据收集困难的问题，有认定食品安全犯罪不明确、难操作，导致法律适用意见分歧较大的问题，但关键问题，还在于有关生产、销售有毒、有害食品罪中“明知”的认定问题。可以说，“明知”认定的问题，与行政、刑事衔接，与证据收集与认定，与法律适用皆紧密相关，需要认真研究，以求有所裨益。

一、“明知”的含义

在现代刑法理论中，过错责任是处理犯罪的基本准则，尤其是在大陆法系国家和我国，排斥严格责任的适用，强调“无罪过则无犯罪”的理念。“明知”要素作为犯罪主观罪过的重要表现形式，在现代刑法理论中有着至关重要的意义，是反对客观归罪、实行过错责任原则的重要因素。

通说认为，生产、销售有毒、有害食品罪的主观罪过形式为故意，包括直接故意和间接故意。但也有观点认为，该罪的主观罪过形式只能是间接故意。[3] 持此观点的学者认为如果是直接故意，应定投放危险物质罪，而非本罪。甚至还有观点认为，对于该罪的生产者来说，间接故意和过失都可以构成该罪，而对于销售者来说，其主观心态应该是间接故意。[4] 笔者认为，通说观点应当说是妥当的，该罪罪过形式当然包括直接故意，此种情形同时触犯投放危险物质罪的，属于想象竞合犯，应当从一重罪论处，过失肯定不能成为该罪的罪过形式。

我国刑法总则规定了故意的认识因素是“明知”自己的行为会发生危害社

---

〔1〕 徐日丹：“2011 年全国检察机关严厉打击危害食品安全犯罪”，载 http://www.jike.com/shipin/news/detail/eid_ 13544780704852958795.html，2012 年 1 月 17 日。

〔2〕 “2012 年中国工商系统查处违反食品安全标准案件 11.1 万件”，载 http://info.china.alibaba.com/detail/1091482781.html，2013 年 3 月 5 日。

〔3〕 熊选国：《生产、销售伪劣商品罪》，中国人民公安大学出版社 1999 年版，第 139 页。

〔4〕 李崧源、黄梅珍：“略论生产、销售有毒、有害食品罪的几个问题”，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2009 年第 2 期。

会的结果；而刑法分则某些条文也对犯罪规定了“明知”的特定内容。它们的关系是：分则中的“明知”是故意的特定构成要素，总则中的“明知”是故意的一般构成要素；只有具备分则中的“明知”，才能产生总则中的“明知”，前者是后者的前提。并且，分则中的“明知”相较总则中的“明知”还有其特定的意义，即分则中的“明知”的部分内容是总则所没有的，或者说是分则中所特别强调的。如刑法第172条“明知是伪造的货币而持有、使用的”，第360条“明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的”，等等。

我国刑法在生产、销售有毒、有害食品罪中也明确规定了“明知”一词——销售“明知”掺有有毒、有害的非食品原料的食品，而该罪作为故意犯罪也自然在认识因素中包含“明知”一词。所以，该罪中的“明知”实际上可以分为两个层面来分析：一个层面是故意中的“明知”，一个层面是作为注意规定的“明知”。故意层面的“明知”是指对违法的、危害社会结果的认识，也就是行为人认识到其在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售掺有有毒、有害的非食品原料的食品会造成一定的危害后果；而注意规定层面的“明知”则是特别强调行为人必须明知其销售的食品中掺有了有毒、有害的非食品原料。当然，这并不是说“明知”具有了两种含义，实际上，作为注意规定的“明知”实际上是对作为该罪构成要件的犯罪对象——掺有有毒、有害的非食品原料的食品的特别强调而已。这也恰恰和笔者所一直主张的犯罪故意中的认识因素（明知）应包括对构成要件事实的认识而不仅是对结果的认识是一致的，这样才不致出现总则和分则中的“明知”含义不明的情形。

我国刑法在生产、销售有毒、有害食品罪中只是明确规定了行为人销售掺有有毒、有害的非食品原料的食品时要有“明知”，而对于“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的”并没有“明知”的表述，那是否意味着对这一规定的适用并不需要“明知”呢？笔者认为，之所以在法条中明确规定“明知”，是因为对于销售者而言，其自身并不参与食品的制作过程，如果在其并不知情的情况下销售了生产者或者其他销售者掺入的有毒、有害的非食品原料的食品，那么就不应当认定为本罪。所以，在这里的“明知”实际上是一种强调性的表述，而且明知在这里也是必要的。因为在责任主义的影响下，行为人必须在主观上具有过错才能承担相应的刑事责任，如果行为人对其所销售的食品并没有性质上的认识（即掺入了有毒、有害的非食品原料），那么将其认定为销售有毒、有害食品罪就欠缺了主观上的过错，而要求其承担刑事责任并给予刑罚处罚就是不相称的。

“在刑法中对特定客体有明知规定的只是极少数，而大多数都没有明知的规

定，但这并不意味着在这种刑法没有规定的情况下就不需要明知。"[1]"我国的刑法分则较多地采用了'明知'的规定，由于即使没有'明知'的规定，故意犯罪的成立也要求行为人明知犯罪构成的客观要素，因此，刑法分则关于'明知'的规定都属于注意规定。基于这一理由，即使刑法分则没有明文规定'明知'要素，对于犯罪的客观构成要件要素，故意犯罪的行为人主观上也必须明知。"[2] 所以，"刑法只是对销售行为中的主观认识作特别强调，而认为生产行为中对掺入的足以严重危害人体健康、生命的非食品原料有明知无须作特别规定。"[3] 因此，本罪中无论是生产行为还是销售行为，都要求行为人主观上存在"明知"。

二、"明知"的内容

故意犯罪的明知是事实认识和规范认识的统一，这也是明知的内容。也就是行为人不仅认识到了构成要件的事实，还要具备行为人对所明知的构成要件事实的规范评价。

1. 事实认识是犯罪故意中第一层次的内容

所谓事实认识，是指行为人对于发生构成要件事实的明知，具体而言就是对犯罪构成客观方面的全部事实，包括行为、行为的对象、行为的时间、地点和方法、手段、行为的结果、行为与结果之间的因果关系以及其他的特殊客观要件的明知。具体到本罪，行为人应当认识到其生产、销售的食品中掺入了有毒、有害的非食品原料或者知道其销售的食品中掺有有毒、有害的非食品原料。并且，本罪与生产、销售不符合安全标准的食品罪相较，本罪为行为犯，而后罪为危险犯。因此，生产、销售的有毒、有害食品是否足以对人体健康造成严重危害并不是本罪的构成要件要素，也就不属于明知的内容。也就是说，在本罪的认定过程中，只需要行为人认识到其生产、销售的是"有毒、有害的食品"即可。那么，如何判断某一食品是否有毒、有害呢?

《食品安全法》第99条中对"食品安全"的定义是："食品安全，指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。"从以上定义可以看出："有毒、有害"也就意味着"会对人体造成任何急性、亚急性或者慢性危害"。事实上，"有毒"与"有害"既有联系也有

---

〔1〕陈兴良："奸淫幼女构成犯罪应以明知为前提——为一个司法解释辩护"，载《法律科学》2003年第6期。

〔2〕张明楷：《刑法分则的解释原理》（下），中国人民大学出版社2011年版，第629页。

〔3〕周光权：《刑法各论讲义》，清华大学出版社2003年版，第229页。

区别。按照通俗理解，二者之间是包容与被包容的关系，有毒包含在有害的范畴之内，有毒之物必然有害，反之，有害之物未必一定有毒。一般来说，同等单位有毒物质和有害物质对人体健康造成的危害程度一般有所不同，易言之，对人体健康造成等量程度危害所需物质所含毒性与害性的量也必然不同。如果按照一般常理来解释“有害”，在单位物质内所含之毒性与害性可能造成的危害程度相差不大的情况下，将二者并举尚可接受，而一旦当单位物质内所含之毒性与害性造成的危害相差甚远时，仍然将二者并举就显得极不合理。因此，我国刑法学界的通说认为，既然立法上将二者并举且配置相同法定刑，说明我们应当对“有害”进行限制解释，让之与“有毒”相匹配，即“有毒的范围容易确定；有害的范围则较广，但不能扩大‘有害’的范围。只有与有毒相当的，足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾患的物质，才是‘有害’物质。”〔1〕笔者也认为应当对“有害”加以限制，不能做扩大化解释。也就是说，“有害”应有一定的下限，即至少要对人的身体健康造成一定影响才能成立生产、销售有毒、有害食品罪，否则只能依照刑法第13条“但书”的规定认定为无罪。

一般而言，“有毒、有害”是在非食品原料被掺入到食品中之前就具有的属性，其中包括非食品原料本身即为毒害性物质和非食品原料本身在加工、生产、销售过程中被掺入了毒性、害性物质，从而成为有毒、有害物质这两种情形。

但我们也不能排除另外一种可能性的存在，即非食品原料本身无毒无害，而是在非食品原料被掺入食品时，非食品原料与食品间或者在复合添加的情况下，多种非食品原料间产生化学变化而生成有毒、有害元素。当然，在这种情形下应特别注意，因为在本罪的认定过程中需要“明知”，因此，只有行为人明知会发生化学变化而产生有毒、有害元素时，才可能构成本罪。

和上面的情况相反的一种情况是，非食品原料本身有毒害，但在非食品原料被掺入食品时，非食品原料与食品间或者在复合添加的情况下，多种非食品原料间产生化学变化而使食品无毒害的，则不构成犯罪。但这种情况也需要行为人明知非食品原料加入之后会产生化学变化而导致食品无毒害，否则纯属偶然巧合而导致无毒害的，只是行为人的认识错误，仍然构成本罪，只不过这种情形下可能成立的是本罪的未遂形态。

2. 规范认识作为犯罪故意第二个层面的内容

所谓规范认识是指，行为人对所明知的构成要件事实的规范评价，而规范

〔1〕张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第652页。

认识的内容只能是违法性认识，即行为人认识到自己的行为是不被国家法律所准许的。犯罪故意明知的内容除了事实认识，是否还需要包括规范性评价的内容？应该包括哪些规范性评价？对这两个问题学界一直争论不断，虽然通说认为故意认识的内容包括社会危害性而不要求违法性认识，[1] 但随着社会发展和研究深入，这一观点受到了不少支持违法性认识学者们的挑战，围绕规范性评价的内容形成了诸多不同的学说，代表性观点有：一是要违法性认识而不要社会危害性认识；[2] 二是要社会危害性认识不要违法性认识；[3] 三是两者都必需具备；[4] 四是任意具备两者之一便可；[5] 五是两者均非犯罪故意所需认识的内容。[6] 笔者认为，要求行为人明知其行为具有违法性这一理论是合理的，即违法性认识应当成为明知的内容：

第一，违法性是犯罪行为的社会危害性及其程度的法律表现，认识社会危害性及其程度，应当以违法性作为客观参照标准。违法性是明确规定的，不像道德规范等是模糊宽泛的；违法性是规定了社会危害性程度的，不像其他规范评价中的社会危害性那样无边无际；认识到违法，即可推定行为人认识到了严重的社会危害性，从而也就具有了对行为人的法律上的可责难性；只要求认识到违法性，则不论行为人是否认识到其行为具有社会危害性，都可以追究其刑事责任。

第二，违法性认识的要求，符合罪刑法定原则的基本精神。罪刑法定原则是我国刑法的基本原则，贯穿刑事立法与刑事司法的始终。罪刑法定原则的基本要求，是“法无明文规定不为罪、不处罚”。按此要求，认定犯罪和惩罚犯罪，都只能依据事先法，而不能依据事后法。而对犯罪故意的成立只要求社会危害性认识，不要求违法性认识的主张，则完全背弃了罪刑法定原则的上述精神实质。其一，该种主张一方面将社会危害性认识作为犯罪故意成立的法定要件，另一方面又将社会对犯罪本质的认识和行为人对其行为价值的评判等同起来，在考察犯罪故意的成立与否时，根本无视行为人对其行为的实际评价，实际上使法定的故意成立要件形同虚设。其二，该种主张将犯罪故意中的危害认识混同于一般的社会危害认识和违反道德认识，从而将犯罪故意混同于一般的

---

〔1〕 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第5版），北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第107页。

〔2〕 贾宇：《罪与刑的思辨》，法律出版社2002年版，第196页。

〔3〕 姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第145页。

〔4〕 刘艳红、万桂荣：“论犯罪故意中的违法性认识”，载《江海学刊》2003年第5期。

〔5〕 赵秉志主编：《海峡两岸刑法总论比较研究》，中国人民大学出版社1999年版，第248页。

〔6〕 杨兴培：《刑法新理念》，上海交通大学出版社2000年版，第138页。

危害故意和违反道德故意，从本质上否定了犯罪故意作为故意犯罪主观责任根据的价值。

第三，违法性认识的要求，不会成为刑事犯罪人逃避惩罚的借口。是否要求行为人有违法性认识，是一个“应当如何”的理性的判断，而如何认定行为人具有违法性认识，则是一个如何操作的较为现实的问题，二者属于两个不同的层次，不能混为一谈。不能因为认定方面有困难，就去否定违法性认识的必要性。而且，比较而言，社会危害性认识比违法性认识更难认定。如前所述，行为人在明知一切事实情况的前提下，仍然可以否定对其行为的社会危害性判断；而在同样前提下，行为人就无法否定对其行为违法性的判断。因为违法性只是一个客观的规范判断，而社会危害性则是一个社会政治的价值判断，行为人可以大睁双眼否认社会危害性认识，却不能面对事实否认违法性认识。所以，从某种意义上说，更有可能使犯罪人逃脱惩罚的是社会危害性认识的要求，而不是违法性认识的要求。

可以说，将违法性认识作为明知的内容能够更好地判断行为人是否“明知”，从而正确认定行为人的主观责任。因为大多数从事食品生产、销售的人员对食品的生产、销售都是较为熟悉的，对于食品添加剂及非食品原料也有一定的了解，能够判断出哪些不得作为非食品原料掺入到食品中，尤其值得注意的是，在食品安全问题举国重视的情况下，作为食品生产、销售人员，他们对食品安全相关法规是明确的。但这些人往往出于牟利的目的，明知故犯，在明知“不得用非食品原料生产食品或者在食品中添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质，或者用回收食品作为原料生产食品”的情况下，仍然在食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售掺有有毒、有害的非食品原料的食品。在司法实践中，对时事稍有常识者皆有所觉，每当媒体或质检、工商等部门曝光查处某处生产毒豆芽、致癌金针菇等“毒物”的黑作坊或违法厂家的时候，不必搜查相关证据，当事人的一句“我自己都不敢吃”就足以证明他们的所作所为实是赤裸裸地“知法犯法”了。而只要是有过在菜市场买菜经验的读者相信也都不会对这样一幕感到陌生，就是当你对要买的菜的安全性有所疑虑的时候，卖菜师傅往往不会去自证自家菜的生产过程是多么的有机，各项指标是否完全符合规定标准，他们往往只是说一句“我们自己就是吃这些的”——卖水果的甚至还会随手从面前的水果堆中拿一个咬上一口以证明其所言非虚。显然，食品生产者、销售者能够认识到自己生产、销售有毒、有害食品行为的违法性，也容易证明其明知行为的违法性；相反，当生产、销售有毒、有害食品的行为人明知违法，但“他们自己就是吃这些的”的时候，证明其明知自己的行为具有社会危害性却需颇费周折，甚至不可能。因此，将违法性认

识作为生产、销售有毒、有害食品犯罪故意的认识因素中的明知的内容，更为合理与可靠。

三、"明知"的认定

在心理学的传统理论中，意识是理论研究的基础性议题，却也是让人倍感棘手的问题，[1] 因为意识具有主观性。虽然当今世界科学技术无比发达，但人的内心活动仍然无法通过外界的仪器进行模拟和表现，我们还无法确切地了解一个人的内心想法，所以我们对意识的把握非常的困难。而明知作为一种被刑法规范了的意识，它复杂的形成及表现过程同样无法被客观再现，同样让人难以把握。这也导致了在刑事司法过程中，证明行为人在行为时是否明知、在通常情况下明知的概率是多少、明知了哪些内容、明知的内容与其行为事实在构成要件范围内是否一致等等这些对于认定犯罪而言至关重要的问题相当困难。因此，我们可以说，对于"明知"要素，如果分别从传统的刑法理论和诉讼实践进行考察，就会发现其置身于理论和实践的矛盾与困境中——一方面，作为刑法理论上犯罪构成要件主观故意的重要表现形式，"明知"具有其法律上存在的合理性，尤其是在强调主客观相一致原则的我国，"明知"是反对客观归罪、实行过错责任原则的重要前提和基础；但另一方面，在诉讼实践上，由于诉讼证明的一般规则"谁主张谁举证"以及"明知"要素极强的主观特性，导致公诉机关在对特定案件——如生产、销售有毒、有害食品案件侦破过程中对于行为人主观方面，尤其是"明知"要素的证明上产生极大障碍，甚至在严重刑事案件中即使采用刑讯逼供的方式获取口供失灵的情况下，这样就会出现即使在客观事实都已查清的情形下，也会因为主观方面缺少直接证据的证明导致无法定罪的情形。这对刑法的实行及其功能的发挥都产生了不利的影响。

在具体的办案实践中，主观"明知"的证明困难主要体现在：

第一，"明知"的上述心理因素的特征决定了其证明缺乏科学性。因为从证明对象上看，"明知"是一种看不见、摸不着的主观心理活动和认知状态，这种特性决定了它与客观方面等其他构成要件要素的证明上存在很大的不同，即可以证明行为人主观"明知"的直接证据的获取来源极其有限，基本上只会存在于犯罪嫌疑人和被告人的口供或者能够记述其犯罪时主观状态的书证和视听资料中。而在刑事司法实践中，能够记述犯罪分子犯罪时主观状态的书证和视听资料可以说是非常罕见。因此，为了证明行为人主观上的"明知"，最直接的证

---

〔1〕 霍涌泉："意识研究的百年演进和理论反思"，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2006年第3期。

据就是获取行为人的口供。但是，即使获得了口供，在庭审中也很容易出现被告人以刑讯逼供的名义进行翻供的情形，更不用说还会出现在重大的刑事案件中刑讯逼供失灵无法获取口供的情况。此外，即使是通过客观方面推断也往往是不现实的，心理活动所外化的客观行为必须是在犯罪行为进行过程中所实行的，因此只有在当时存留的证据方可通过佐证当时的行为来反映当时的心理活动，但是，不仅犯罪过程中能够证明主观"明知"的证据容易灭失，而且现实中搜集的证据常常是距离犯罪现场久远的行为事实以及痕迹。[1]

第二，诉讼证明的一般原则也决定了主观"明知"要素证明上的困境。"谁主张谁举证"这是刑事诉讼证明的一般原则，只有在极其个别的情况下才会出现举证责任倒置的情形。而在一般的刑事案件主观"明知"的证明上，还没有实行证明责任倒置的先例，在具体的办案实践中，仍然是根据谁主张谁举证的一般原则，由公诉机关承担证明责任。并且依据我国法律的规定，认定犯罪必须达到"事实清楚，证据确实充分，排除合理怀疑"的程度，那么对于主观"明知"要件的证明也不例外，但这种证明标准对于主观上的"明知"的证明来讲，几乎很难实现，尤其是通过客观证据来对主观心理状态进行推断并加以证明的证据，可能永远无法达到确实充分的程度。

从上述的论述中我们可以看出，在故意犯罪中，如何认定行为人是否存在主观上的"明知"，是认定行为是否成立犯罪的重点和难点，因为很多时候在具体的诉讼实践中要证明行为人主观上"明知"比较困难，一方面容易导致刑法的惩戒功能无法发挥而放纵犯罪，另一方面也容易加剧程序法上刑讯逼供的发生。对于生产、销售有毒、有害食品罪而言，由于销售者不一定参与食品生产，因而其对自己所销售商品之实际质量未必有确切了解，因此在销售商品时，销售商是否"明知"该商品确属掺有有毒、有害非食品原料，也就成了是否成立销售有毒、有害食品罪的关键。这也是法条将"明知"作为注意规定的原因所在。同样的，对于在生产、销售中掺入有毒、有害非食品原料的情况也要对"明知"加以认定，如果确实存在行为人并不知道自己所掺入的是有毒、有害非食品原料的，那么就不能认定为该罪。

学界对于"明知"的阐述可以归纳为两种不同的观点："确定说"认为，明知就是确知，就是对将来要发生的事实及其危害性的明白知晓。"可能说"认为，明知当然包括确知，但不限于确知，还包括一定条件下的"应知"，即根据行为人的主观认识能力和行为时的客观情况，而合理推断出行为人当时应当知

---

〔1〕 刘远熙："论推定对犯罪主观方面'明知'的证明意义"，载《广东社会科学》2011年第3期。

道，也就是所谓的“推定的明知”。[1]“当刑法要求行为人明知某种构成事实或者必须具有某种目的，而行为人声称不明知或者不具有该目的，导致对行为人主观上是否明知或是否具有该目的存在疑问时，不能轻易适用存疑时有利于被告的原则，做出行为人不明知某种构成要件或不具有某种目的因而无罪的判决；而应根据客观事实合理推定行为人主观上是否明知某种构成要件、是否具有某种目的。”[2]

笔者认为，我们应当承认“推定的明知”具有存在的合理性。首先，明知是一种主观认识，它形成于人的大脑中，是行为人自身对外界事物的价值判断过程。明知作为行为人的主观要素与客观要素最大的区别就是，明知是以一种非物质形态的方式存在，无法被他人直接感知。从行为人的角度，实施某个行为要先形成内心的意识，再以此指导具体操作，即它是一个从主观到客观的过程。但对于司法工作人员来讲，认定行为人是否明知只能从与行为相关的既存事实入手，反推行为人的主观认识，即认定明知是一个从客观到主观的过程。其次，心理学上认为，人的心理具有可知性，而作为人心理一部分的主观心理状态也是可知的，因为心理支配着人的行为，可以通过行为表现出来。“心理现象作为一种主观精神现象，虽然看不见，摸不着，没有重量、大小和体积，但可以通过观察和分析行为来客观地研究人们的心理活动，因为‘从外部行为推测内部心理过程，是心理学研究的一条基本准则。在这个意义上，心理学有时也叫做研究行为的科学’”。[3]具体到犯罪心理上来说，“当犯罪人在实施犯罪行为时，其心理活动的特点必然会在犯罪行为中表现出来，犯罪现场留有什么样的犯罪痕迹，罪犯在实施犯罪过程中就会呈现出与之相适应的心理状态，这两种痕迹的一致性，为我们客观地分析罪犯心理提供了可能”。[4]所以，只要我们从行为人所实施的客观行为入手，通过对这些行为的客观分析是可以对行为人的主观心理状态进行判断的。最后，《刑事诉讼法》规定：“没有被告人供述、证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”也就是说，行为人否认自己明知，但有证据证明其“明知”，仍然可以定罪。因为反映人类行为活动的主观意识的证明方式不是唯一的，除了行为人本人的自觉表示外，与行为人活动相关的事实同样能反映行为人的主观意识状态。

可以说，“确定说”对检方提出了更为苛责的要求，检方必须提出充足的证

---

[1] 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第110页。

[2] 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第327页。

[3] 彭聃龄主编：《普通心理学》，北京师范大学出版社2004年版，第11页。

[4] 参见梅传强主编：《犯罪心理学》，法律出版社2003年版，第357页。

据证明行为人是“确实知道”才能认定明知，如公安机关在生产、销售场所当场抓获犯罪嫌疑人，但这种证据一般很难取证。而“可能说”则实际上是一种举证责任倒置方法，检方可以通过推定明知的方法来认定行为人的明知心态，除非行为人能够提出证据证明自己并不“明知”。这时，举证责任转移到了行为人身上，如果有相反的事实和证据足以证明行为人的明知不成立，就可以推翻这种推定。因此，这种合理推定的明知与“严格责任”不同，更不是“客观归罪”，它仍然强调罪过责任；同时，合理推定也不是主观臆断，它并没有免除司法机关对罪过的证明责任，推定的结论是建立在足够的事实和证据的基础上的。[1]

同样，在国外的一些法律中也不乏通过客观行为来推定主观心理的规定。[2]而且，这与笔者所提出的在违法性认识的认定上借鉴自然犯与法定犯的方法也是相一致的：在法定犯（行政犯）中，只要行为人具备对事实的认识，一般也可以推定行为人存在违法性认识，除非行为人提出推翻这种推定的充分证据。

在我国，最高司法机关已经肯定了“可能说”，并在许多司法解释中采用了此标准。[3] 目前，主要有两种推定明知的模式：一是列举式，即通过司法解释等形式将推定明知的情形列举出来；二是概括式，即不列举具体情形，而只在法条中规定了明知，具体认定由法官自由裁量。生产、销售有毒、有害食品罪就属于第二种模式。

笔者根据目前所了解到的办理此类案件的经验和所收集到的材料，认为行为人如果在行为过程中能够认识下列情形，一般就可推定行为人明知自己生产、销售的是有毒、有害的食品，除非其能提出相反的证据来推翻这种推定：

对于生产有毒、有害食品的行为，一般来说这几种情形应当可以推定行为人存在主观上的明知：其一，在食品中添加了允许添加的食品添加剂目录范围之外的物质；其二，添加的虽然是允许添加目录范围之内的物质，但是超量添加，即超过单位量内允许的最大值进行添加；其三，将允许添加的食品添加剂超范围添加，即添加于允许添加食品范围之外的食品；其四，曾被有关部门查处而被收回后又重新将收回的有毒、有害食品再生产的。

---

〔1〕 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 110 页。

〔2〕 例如，《模范刑法典》第 251·4（2）节规定，凡在自己的营业过程中销售或持有淫秽物品的，推定其为明知或轻率。

〔3〕 例如，最高人民法院、最高人民检察院 2001 年发布的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条；最高人民法院、最高人民检察院、海关总署 2002 年发布的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第 5 条；最高人民法院、最高人民检察院 2004 年发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条，等等。

对于销售有毒、有害食品的行为，判断犯罪嫌疑人是否明知应当重点从如下外在行为考虑：①行为人是否具有合法资质；②食品颜色是否正常，有无异味；③成交价格是否合理，如成交价格低于市场价格并且相差悬殊，就可以推定行为人“明知”；④进货渠道是否正当，卖方有无合法手续，如果进货渠道、购买手段都不正当，行为人就应当预见到购进的货物是伪劣产品，如果仍然购进并销售的，也可推定行为人“明知”；⑤买卖或交接食品的方式以及时间地点是否正常；⑥产品有无质量合格标记，如果产品没有相应的应当具备的质量合格标记（合格证、质量认证标记的标签、包装说明等），则也可以认定是“明知”伪劣产品；⑦食品存放的地点是否隐蔽；⑧买卖过程中是否存在高额账外非法回扣，如果存在违法回扣，则可判定行为人具备“明知”要素；⑨产品的外观质量是否合格，如果产品在外观上就显现出粗制滥造，销售者仍购进，其主观上的“明知”因素就更显而易见了；⑩交易活动是否公开、合法，如果动用非正常方式进行交易，也应推定“明知”；⑪行为人对食品的认识程度的高低；⑫因涉嫌食品安全问题被有关部门责令下柜后，未经监督部门同意，擅自上柜销售的；⑬在发票、账目等会计凭证上弄虚作假的，等等。

对于生产和销售行为是否具有明知都应当考虑的因素还有：①是否在有关部门禁止或发出安全预警的情况下继续生产或销售；②案发后转移销售物证，提供虚假证明、虚假情况的；③生产、销售的食品本人是否食用；④行为人的年龄、文化程度、社会经历、职业、职务、职责，等等。

列举式可以更好地认定案件，因为其为法官提供了办案依据，但是社会生活是复杂纷繁的，列举式并不能穷尽现实中的所有情形，还是需要法官予以自由裁量。笔者认为，在自由裁量中要注意以下两点：其一，对明知的判断不能仅仅依据犯罪嫌疑人的口供，而是既要考虑行为人自身的认识能力，即是否具备相关的业务知识和经验等，特别是一些特殊产品，销售者还应具备一定的专业鉴别认识能力；又要考虑案件当时的具体情况，并参考社会一般人在当时能否认识等，对行为人的心理状态进行综合分析判断。有学者曾提出“如何认定行为人是否明知，主要从行为人是否有认识的义务、行为人是否有认识的能力、认识义务与认识能力兼具情况下当时的实际情况三个方面来判断”。[1] 其二，对于行为人所提出的不具备违法性认识的辩解理由，必须进行认真的审查，剔除无根据的狡辩，对于确实言之有理的进行查证落实，在此基础上确认行为人不具备违法性认识，排除成立犯罪故意的可能，然后看行为人对于不具备违法

〔1〕许桂敏：“罪与罚的嬗变：生产销售有毒、有害食品罪”，载《法学杂志》2011 年第 12 期。

性认识是否存在过失，如果存在过失而且法律上规定有相应责任时，追究其过失罪责；对于不存在过失或法律上没有相应规定的，不能追究行为人的刑事责任。

毋庸讳言，解决证明生产、销售有毒、有害食品罪中“明知”内容困难的更为根本、可靠的方法是，要求行为人证明自己生产、销售的食品是无毒、无害的，而不是让司法机关取证“有毒、有害”。司法实践中诸多生产、销售有毒、有害食品犯罪无法追究，与有毒、有害难以认定有关，也与明知有毒、有害难以判断有关。如果司法实践中，将有毒、有害或明知有毒、有害的证明责任转化为让行为人证明无毒、无害或明知无毒、无害，则生产、销售有毒、有害食品行为被查处多、被处罚少，被以生产、销售有毒、有害食品罪罪名处罚更少的被动局面可能就会改观。

第三节

生产、销售有毒、有害食品罪若干问题研究

舒洪水 *　苏银侠 **

"风险社会"这一概念由德国著名社会学家乌尔里希·贝克于1986年在其《风险社会》一书中首创后，在德国等许多国家乃至全世界都产生了极大的影响。贝克的《风险社会》和《世界风险社会》于2004年在我国大陆出版后，风险社会理论很快风靡我国刑法学界，很多学者都著文立说对该理论及其在我国的应用进行了探讨。[1]

而在当今世界，食品安全危机被广泛认定为是风险社会的重要表征，食品安全已成为各国政府和消费者关注的重大社会问题。在我国，在经济一直保持较快增长的背景下，食品安全问题也日益突出。令人应接不暇的食品安全事件正在不断地侵蚀公众对于食品安全最基本的信任，进而使民众广泛地质疑相关法律规制的缺失和政府监管的不力。"毒奶粉、毒大米、毒面粉、塑化剂、福寿螺、苏丹红、

---

* 西北政法大学教授，法学博士。

** 西北政法大学教师。

〔1〕 代表性论文有：劳东燕："公共政策与风险社会的刑法"，载《中国社会科学》2007年第3期；陈晓明："风险社会之刑法应对"，载《法学研究》2009年第6期；高铭暄："风险社会中刑事立法正当性理论研究"，载《法学论坛》2011年第4期；陈兴良："'风险刑法'与刑法风险：双重视角的考察"，载《法商研究》2011年第4期；张明楷："'风险社会'若干刑法理论问题反思"，载《法商研究》2011年第5期，等等。

毒火腿、毛发酱油、黑心月饼、地沟油、染色馒头、牛肉膏……直至2011年3月份曝光的双汇‘瘦肉精事件’，一起起触目惊心，影响者众，轻者致病，重者要命。国人为之惊恐、为之愤怒。”[1] 上述这些重大的食品安全事件反映出，我国的食品安全问题不再是易于控制的食品卫生、质量等问题，而是呈现出新的风险特征，即存在隐蔽性高、人为不确定因素加大、科技含量上升、波及范围广以及受影响人数多等特征。食品安全的内涵已被扩展，引发食品安全问题的风险因素已逐步显现出来。而我国的食品安全问题，既有传统风险形式下的食品安全问题，又有社会转型期的制度性风险所引发的食品安全问题，还有后工业时代人们所普遍面临的化学添加剂及转基因食品等与科技发展相联系的食品安全问题。

在如此严峻的形势下，单靠道德教育根本无法解决问题，“在法治不完善的环境下来谈道德的提升也是奢侈的。因为一旦法律‘打瞌睡’，私欲便很容易挤垮道德的堤坝”。[2] 我们必须通过法治来解决问题。在风险社会理论的影响下，我国《刑法修正案（八）》针对本文研究对象——生产、销售有毒、有害食品罪，将“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害”修改为“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”，并将“致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害”修改为“致人死亡或者有其他特别严重情节”，扩宽了加重处罚的范围；又将“销售金额50%以上2倍以下罚金”修改为无限额罚金，并取消了基本犯“单处罚金”的规定，加重了罚金刑的适用。这些修改都体现了风险刑法观的影响。

不过，尽管立法对生产、销售有毒、有害食品罪进行了完善，但是在司法实践中认定本罪还是有许多不明确的地方，本文旨在从刑法解释学的角度详尽分析本罪认定中的疑难问题，以期望能对于本罪的适用有所裨益。

一、“有毒、有害”的认定

“有毒、有害”是本罪的核心，“有毒、有害”与否对于此罪的成立至关重要。因此，围绕“有毒、有害”产生的一系列问题均需要明确。

《食品安全法》第99条中对“食品安全”的定义是：“指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。”

[1] 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

[2] 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

从以上定义，我们可以看出："有毒、有害"也就意味着"会对人体造成任何急性、亚急性或者慢性危害"。

（一）"有毒"与"有害"的关系

"有毒"与"有害"既有联系也有区别。按照通俗地理解，二者之间是包容与被包容的关系，有毒包含在有害的范畴之内，有毒之物必然有害，反之，有害之物未必一定有毒。一般来说，同等单位有毒物质和有害物质对人体健康造成的危害程度一般有所不同，易言之，对人体健康造成等量程度危害所需物质所含毒性与害性的量也必然不同。如果按照一般常理来解释"有害"，在单位物质内所含之毒性与害性可能造成的危害程度相差不大的情况下，将二者并举尚可接受，而一旦当单位物质内所含之毒性与害性造成的危害相差甚远时，仍然将二者并举就显得极不合理。因此，我国刑法学界的通说认为，既然立法上将二者并举且配置相同法定刑，说明我们应当对"有害"进行限制解释，让之与"有毒"相匹配，即"有毒的范围容易确定；有害的范围则较广，但不能扩大'有害'的范围。只有与有毒相当的，足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾患的物质，才是'有害'物质"。[1] 而笔者也赞同这种观点。

（二）"有毒、有害"出现的阶段

一般而言，"有毒、有害"是在非食品原料被掺入到食品中之前就具有的属性，其中包括非食品原料本身即为毒害性物质和非食品原料本身在加工、生产、销售过程中被掺入了毒性、害性物质，从而成为有毒、有害物质这两种情形。

但是，我们也不能排除另外一种可能性的存在，即非食品原料本身无毒、无害，而是在非食品原料被掺入食品时，非食品原料与食品间或者在复合添加的情况下，多种非食品原料间产生化学变化而生成有毒、有害元素。不过，这种情形应特别注意，此时所添加之物应当均为允许添加的食品添加剂目录范围之外的物质，而非目录范围之内的物质，并且需要以行为人明知会发生化学变化而产生有毒、有害元素为前提。

和上面的情况相反的一种情况是，非食品原料本身有毒害，但在非食品原料被掺入食品时，非食品原料与食品间或者在复合添加的情况下，多种非食品原料间产生化学变化而使食品无毒害的，则不构成犯罪。但这种情况也需要行为人明知非食品原料加入之后会产生化学变化而导致食品无毒害，否则纯属偶然巧合而导致无毒害的，只是行为人的认识错误，仍然构成本罪，只不过这种情形下可能成立的是本罪的未遂形态。

---

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第652页。

（三）“有毒、有害”的鉴定问题

对于“有毒、有害”的鉴定问题，学界的一般观点是非食品原料是否有毒有害，应以省级以上卫生行政部门确定的机构出具的鉴定结论为依据，其依据是最高人民法院2001年发布的《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》。[1]

然而，该《通知》中只是指出：“人民法院受理的生产、销售假药犯罪案件和生产、销售不符合卫生标准的食品犯罪案件，均需有‘省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构’和‘省级以上卫生行政部门确定的机构’出具的鉴定结论。”并未提及“有毒、有害食品”的鉴定问题。因此，依据该《通知》不能得出有毒、有害食品的认定必须以相关机构的鉴定结论为依据。

现实中，因为此类鉴定的专业性强，技术要求高，法律责任大，因此有毒、有害食品的认定或者没有相应的鉴定机关做出相应的鉴定，或者对于某些实质的有毒、有害食品却没有标准化的办法进行鉴定。比如“地沟油”的案件，直到当前也没有形成一种公认的、行之有效的鉴定方法。如果司法机关对于“有毒、有害食品”都依赖于鉴定机关的鉴定，那么许多案件将无法办理。

笔者认为，鉴定结论只是“有毒、有害”的充分条件，而不是必要条件。易言之，我们可以根据鉴定结论得出“有毒、有害”的结论，但是如果没有鉴定结论，我们不能就此得出“无毒、无害”的结论，我们还应当承认其他判定标准。比如：结合技术标准和法学标准对“有毒、有害食品”进行判定；综合食品原料、食品中含有的有毒、有害物质的属性、加工方法和加工过程等因素进行综合考量；根据科学依据和行业常识来判定，等等。

二、“明知”的认定

通说认为，本罪的主观罪过形式为故意，包括直接故意和间接故意。但也有观点认为，本罪的主观罪过形式只能是间接故意。[2] 持此观点的学者认为如果是直接故意，应定投放危险物质罪，而非本罪。甚至还有观点认为，对于该罪的生产者来说，间接故意和过失都可以构成该罪，而对于销售者来说，其主观心态应该是间接故意。[3] 笔者认为，通说观点应当说无可置疑，本罪罪过形

---

〔1〕 该观点可见于王玉珏：“《刑法》第144条中‘有毒有害非食品原料’的合理定位——以近晚食品安全事件为例”，载《法学》2008年第11期；宋元庆：“生产、销售有毒、有害食品罪罪名浅析”，载《法制与社会》2010年第10期等。

〔2〕 熊选国：《生产、销售伪劣商品罪》，中国人民公安大学出版社1999年版，第139页。

〔3〕 李崧源、黄梅珍：“略论生产、销售有毒、有害食品罪的几个问题”，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2009年第2期。

式当然包括直接故意，此种情形同时触犯投放危险物质罪的，属于想象竞合犯，应当从一重罪论处，而过失肯定不能成为本罪的罪过形式。

而在故意犯罪中，如何认定行为人是否存在主观上的“明知”，是认定行为人是否成立犯罪的重点和难点，因为很多时候在具体的诉讼实践中要证明行为人主观上“明知”比较困难，一方面容易导致刑法的惩戒功能无法发挥而放纵犯罪，另一方面也容易加剧程序法上刑讯逼供的发生。

（一）“明知”的含义

在现代刑法理论中，过错责任是处理犯罪的基本准则，尤其是大陆法系国家，排斥严格责任的适用，强调“无罪过则无犯罪”的理念。“明知”要素作为犯罪主观罪过的重要表现形式，在现代刑法理论中有着至关重要的意义，是反对客观归罪、实行过错责任原则的重要成果。

我国刑法总则规定了故意的认识因素是“明知”自己的行为会发生危害社会的结果；而刑法分则某些条文也对犯罪规定了“明知”的特定内容。它们的关系是：分则中的“明知”是故意的特定构成要素，总则中的“明知”是故意的一般构成要素，只有具备分则中的“明知”，才能产生总则中的“明知”，前者是后者的前提。

学界对于“明知”含义的阐述可以归纳为两种不同的观点：“确定说”认为，明知就是确知，就是对将来要发生的事实及其危害性的明白知晓。“可能说”认为，明知当然包括确知，但不限于确知，还包括一定条件下的“应知”，即根据行为人的主观认识能力和行为时的客观情况，而合理推断出行为人当时应当知道，也就是所谓的“推定的明知”。[1] “当刑法要求行为人明知某种构成事实或者必须具有某种目的，而行为人声称不明知或者不具有该目的，导致对行为人主观上是否明知或是否具有该目的存在疑问时，不能轻易适用存疑时有利于被告的原则，做出行为人不明知某种构成要件或不具有某种目的因而无罪的判决；而应根据客观事实合理推定行为人主观上是否明知某种构成要件、是否具有某种目的。”[2]

笔者认为，我们应当承认“推定的明知”具有存在的合理性。因为心理学上认为，人的心理具有可知性，而作为人心理一部分的主观心理状态也是可知的，因为心理支配着人的行为，可以通过行为表现出来。“心理现象作为一种主观精神现象，虽然看不见，摸不着，没有重量、大小和体积，但可以通过观察和分析行为来客观地研究人们的心理活动，因为‘从外部行为推测内部心理过

〔1〕 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第110页。

〔2〕 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2002年版，第327页。

程，是心理学研究的一条基本准则。在这个意义上，心理学有时也叫做研究行为的科学’。"[1] 具体到犯罪心理上来说，"当犯罪人在实施犯罪行为时，其心理活动的特点必然会在犯罪行为中表现出来，犯罪现场留有什么样的犯罪痕迹，罪犯在实施犯罪过程中就会呈现出与之相适应的心理状态，这两种痕迹的一致性，为我们客观地分析罪犯心理提供了可能"。[2] 所以，只要我们从行为人所实施的客观行动入手，通过对这些行为的客观分析是可以对行为人的主观心理状态进行判断的。

在我国，最高司法机关已经肯定了"可能说"，并在许多司法解释中采用了此标准。[3] 而且在国外的一些法律中也不乏通过客观行为来推定主观心理的规定。[4]

（二）本罪中生产行为、销售行为都需要"明知"

《刑法》第 144 条只明确规定了行为人销售掺有有毒、有害的非食品原料的食品时要有"明知"，对于"在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的"没有"明知"的表述。

但是，"在刑法中对特定客体有明知规定的只是极少数，而大多数都没有明知的规定，但这并不意味着在这种刑法没有规定的情况下就不需要明知"。[5] 这是因为，"我国的刑法分则较多地采用了'明知'的规定，由于即使没有'明知'的规定，故意犯罪的成立也要求行为人明知犯罪构成的客观要素，因此，刑法分则关于'明知'的规定都属于注意规定。基于这一理由，即使刑法分则没有明文规定'明知'要素，对于犯罪的客观构成要件要素，故意犯罪的行为人主观上也必须明知"。[6] 所以，"刑法只是对销售行为中的主观认识作特别强调，而认为生产行为中对掺入的足以严重危害人体健康、生命的非食品原料有明知无须作特别规定"。[7] 本罪中无论是生产行为还是销售行为，都要求行为

---

〔1〕 彭聃龄主编：《普通心理学》，北京师范大学出版社 2004 年版，第 11 页。

〔2〕 参见梅传强主编：《犯罪心理学》，法律出版社 2003 年版，第 357 页。

〔3〕 例如，最高人民法院、最高人民检察院 2001 年发布的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条；最高人民法院、最高人民检察院、海关总署 2002 年发布的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第 5 条；最高人民法院、最高人民检察院 2004 年发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条，等等。

〔4〕 例如，《模范刑法典》第 251·4（2）节规定，凡在自己的营业过程中销售或持有淫秽物品的，推定其为明知或轻率。

〔5〕 陈兴良："奸淫幼女构成犯罪应以明知为前提——为一个司法解释辩护"，载《法律科学》2003 年第 6 期。

〔6〕 张明楷：《刑法分则的解释原理》（下），中国人民大学出版社 2011 年版，第 629 页。

〔7〕 周光权：《刑法各论讲义》，清华大学出版社 2003 年版，第 229 页。

人主观上存在“明知”。

（三）本罪中“明知”的具体判断方法

在推定的明知的情况下，如果有相反的事实和证据足以证明行为人的明知不成立，就可以推翻这种推定。必须明确，这种合理推定的明知与“严格责任”不同，更不是“客观归罪”，它仍然强调罪过责任；同时，合理推定也不是主观臆断，它并没有免除司法机关对罪过的证明责任，推定的结论是建立在足够的事实和证据的基础上的。[1]

对明知的判断不能仅仅依据犯罪嫌疑人的口供，而是既要考虑行为人自身的认识能力，又要考虑案件当时的具体情况，并参考社会一般人在当时能否认识等，对行为人的心理状态进行综合分析判断。

对于生产有毒、有害食品的行为，一般来说这几种情形应当可以推定行为人存在主观上的明知。一是，在食品中添加了允许添加的食品添加剂目录范围之外的物质；二是，添加的虽然是允许添加目录范围之内的，但是超量添加，即超过单位量内允许的最大值进行添加；三是，将允许添加的食品添加剂超范围添加，即添加于允许添加食品范围之外的食品。

对于销售有毒、有害食品的行为，判断犯罪嫌疑人是否明知应当重点从如下几个外在行为考虑：买卖双方的成交价格是否正常；进货渠道是否正当或卖方有无正当合法手续；买卖或交接食品的方式以及时间、地点是否正常；行为人对食品的认识程度的高低。

对于生产和销售行为是否具有明知都应当考虑的因素还有：是否在有关部门禁止或发出安全预警的情况下继续生产或销售，以及行为人的年龄、文化程度、社会经历、职业、职务、职责等等。

三、本罪中因果关系的认定

对于本罪的基本犯而言，司法机关不需要对危害行为与危害结果之间的因果关系作出专门判断，即可认定为犯罪。但是，如果行为人的危害行为对人体健康造成严重危害或者致人死亡，就要认定危害行为与危害结果间的因果关系，以确定对行为人的刑罚。[2]

（一）本罪中因果关系认定的困难性和复杂性

本罪属于公害犯罪，具有公害犯罪的一些普遍特性，如危害行为具有复杂

---

〔1〕贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第110页。

〔2〕陈京春：“刑事诉讼视野下的生产、销售有毒、有害食品罪”，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

性和多元参与性，危害结果具有潜伏性等等，这些特性使得本罪的因果关系呈现出多因性、易变性、隐蔽性等特点，使因果关系的认定十分困难。

1. 本罪的因果过程具有隐蔽性

本罪结果的发生具有一定的潜伏性，危害结果并非立即发生，通常有一定的潜伏期，且在最初阶段不易被感受察觉。如“三鹿奶粉”事件，婴幼儿吃了问题奶粉后并不是马上就产生泌尿系统疾患，而是三聚氰胺累积到一定程度，作用于人体，至发生疾患有个时间过程。由于潜伏期的存在，这一方面导致危害行为和危害结果间的因果关系由于时间上的阻隔而难以论证；另一方面，由于历时久远，时过境迁，从而很可能导致证据灭失，使查明危害行为与危害结果之间的连接方式更加困难，且费时费力，进而难以证明因果关系。

2. 本罪的危害结果具有多因性

人的健康受到损害，其原因多种多样，既可能是由于食用了有毒、有害食品造成的，也可能是其他原因造成，如气候、季节、环境、细菌、人的体质差异等诸多因素。也就是说，即使受害人食用了有毒、有害食品，也并不必然就会导致损害的发生。而且，一个危害后果可能是由多个致害者的多个危害行为所导致的，纵使勉强指出特定的主体，因果关系仍有许多不明确之处，致使判断责任的归属甚为困难。如果受害人食用了多家商店的有毒、有害食品，那么，即使确定了多少量以上有毒、有害食品会对人体健康造成严重危害或致人死亡，那就还会碰到的一个重要问题是，哪个商店的食品造成了受害人的伤亡。如果受害人没有保存购买的发票或者食品的包装，那么控方在举证上将面临极大的压力。

3. 本罪的因果关系认定具有科学专业性

在司法实践中，对于认定本罪中因果关系的首要问题是：受害人健康受到严重危害或者死亡是否是由于食用了某有毒、有害食品而导致？如果食用某有毒、有害食品会对人体健康造成严重危害或致人死亡这一点在医学上没有任何异议，但具体到超过多少的量和食用多长时间才会导致危害结果，是否有明确的医学上的说明，这往往需要专业的化学、医学、生物学知识，才能够对有毒、有害物质的发病机理有全面的认识。要证明危害行为和危害结果之间的因果关系，必须具备相关的专门科学技术知识和仪器设备，而目前这些条件司法部门通常很难完全具备，而且又不能以人体做实验，而无法作确切之因果关系之证明。如果行为、食品与结果之间的因果关系，由于没有被科学的自然法则完全解明，或者鉴定机构无法对食品进行鉴定，就否认刑法上的因果关系，对大多数食品卫生犯罪就不能认定，而不能追究行为人的责任，这对于众多的受害者来说，既不公平，也不合理。

由于本罪的上述特性，使其因果关系的认定中存在对原因物质通常很难做出科学性的解释，因果进程易变且反复，以及责任主体难以认定等问题，造成了本罪因果关系认定的复杂和困难。

（二）传统因果关系理论对本罪因果关系认定的困难性

在传统意义上，大陆法系因果关系的理论有条件说、原因说、相当因果关系说、客观归责理论等学说；英美法系则是双层次因果关系说——事实上的因果关系和法律上的因果关系；而包括我国大陆地区在内的社会主义法系则有必然因果关系说和偶然因果关系说。[1]

对普通刑事犯罪而言，传统的因果关系理论能够胜任对犯罪因果关系的认定。传统因果关系理论属于科学法则的因果关系理论，因果关系的认定必须依赖于人类已经掌握的科学经验予以证明，强调危害行为或者介入因素能够“合乎规律”的引起危害结果的发生，而所谓的“合乎规律”实际上一般就是要做到自然科学上的证明，这种证明要以自然科学法则为基础，通常情况下需要经历大量的、复杂的、严密的证明历程。而由于公害犯罪的因果关系具有多因性、不紧密性、隐蔽性等特点，其因果关系的认定必须依靠生物、医学技术的证明，但以人类有限的技术经验，目前往往是难以实现的。

按照传统因果关系理论，认定本罪中危害行为与危害结果之间有无因果关系，就要证明有无以下因果链条存在：企业在生产食品的过程中使用或者产生了某种有毒、有害物质—含有该有毒、有害物质的食品投放了市场—含有该有毒、有害物质的食品由被害人所购买—被害人食用了含有该有毒、有害物质的食品—该有毒、有害物质导致被害人健康严重受损或者死亡。不仅要证明这种全方面的因果链条存在，还要对每一环节进行严密、细致的证明，而要严密证明这一系列的因果关系，很可能陷入学术争论和裁判难决的泥沼中。倘若固守原有的技术手段、知识经验和传统刑法理论，势必因证明的困难而让大量公害行为游离于刑事法网之外，难以追究其刑事责任。如果行为与结果之间的因果关系的发展，由于没有被科学的、自然的法则完全解明，就否认刑法上的因果关系，则对大多数公害犯罪都不能认定。因此，要确定本罪中的因果关系，就必须跳出科学法则因果关系论的樊篱，寻求有别于现有理论的因果判定方法。

（三）疫学因果关系的提倡

有鉴于传统因果关系理论无法完全解决公害犯罪问题，德国和日本理论界提出了疫学因果关系理论，成为解决公害犯罪因果关系认定问题的有力理论，

---

〔1〕参见王政勋：《犯罪论比较研究》，法律出版社2009年版，第192～218页。

而该理论也在司法实践中得到了适用。

1. 疫学和疫学因果关系

疫学是研究疾病的流行、群体发病的原因与特征，以及预防对策的医学分支学科。与临床医学以诊断、治疗单个患者为目的相对，疫学以多数群体为对象，通过调查疾病的发生状态，探讨该疾病的存在原因、扩散过程及预防方法。其对原因的解明有助于刑法上因果关系的认定。[1]

疫学因果关系理论，是指采用疫学上的因果认识方法，某因子与疾病之间的关系，即使不能够从医学、药理学上进行详细的法则证明，但根据统计和观察，认定其间具有高度的盖然性时，就可以肯定存在因果关系的理论。该理论中，“条件关系虽说应当在自然法则等经验知识的基础上进行判断，但即便在公害之类的行为到结果之间的因果关系的发展过程在科学上并不能被全部证明的场合，也应按照一般经验法则，在有能认可‘没有A就没有B’的关系的时候，就可以肯定条件关系。因此，即便在结果和行为之间的因果关系在自然科学上不能被证实，但根据疫学的证明，能够认定‘没有超出合理怀疑的限度’时，就应肯定条件关系的存在”。[2]

2. 疫学因果关系认定的条件

通说认为，疫学因果关系认定因子和损害之间具有因果关系，须具备以下条件：①该因子是在损害发生前的一定期间发生作用的因子；②该因子作用的程度越显著，则受害者的比率越高；③根据该因子的发生、扩大等情况所作的疫学观察记录，能够说明流行特征，而没有矛盾；④该因子作为原因而起作用的机制与生物学现存已被高度证实的定理或假说不发生矛盾。以上四种条件相互关联，并以数量统计做出合理程度的说明，即可成立因果关系。

但是笔者认为，认定条件还应当考虑以下因素：①客观性。结果出于巧合的几率极小，以统计学的分析方法排除了巧合的可能性。②排他性。没有具有较大影响力的干扰性因素介入。③因果关系的强度。有某因素组与无某因素组发生危害结果之比愈大，则因果强度越大，说明该因素与该结果存在因果联系的可能性愈大。例如，某工厂生产了一批有毒食品并大量销售，食用过该食品的居民中，有60%被证实罹患了由该有毒食品所引起的疾病，而未食用该有毒食品的人群中该疾病的发病率仅为0.03%，那么其相对危险度为60%：0.03%，即食用该有毒食品的人群患病的可能性是一般人群的2000倍，危害行为与危害

---

〔1〕 张明楷：《外国刑法纲要》（第2版），清华大学出版社2007年版，第130页。

〔2〕［日］大谷实：《刑法讲义总论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第203页。

结果之间具有很高的因果关系强度。

3. 提倡疫学因果关系理论的理由

在德日，虽然也有学者对疫学因果关系提出了质疑，认为既然没有确定自然科学的因果法则就不能肯定有刑法上的因果关系，或者认为疫学因果关系不符合“存疑时有利于被告”的原则。但是更多的学者认为，刑法上的因果关系与科学上的因果关系不一样，科学上的因果关系只不过是认定刑法因果关系的经验规则，为了认定刑法上的因果关系，不仅要利用病理学、生物学，而且要利用疫学。

疫学因果关系理论极大地克服了公害犯罪因果关系证明中的困难，因为其成功地将疫学的证明方法运用到了公害犯罪因果关系的判定中。在公害犯罪中，即使不能从生理学和药理学的角度证明该结论的正确性，如果按照疫学的方法能够证明原因行为与危害结果之间存在着高度盖然性，符合统计学的规律，就可以认定它们之间存在刑法上的因果关系。疫学因果关系的证明并不是主观随意的，因为虽然以高度盖然性为判断标准，但其是建立在大量的科学实验的基础之上，按照公共卫生学的统计方法根据可以观察到的统计数据显示的高度盖然性。

因此说，对生产、销售有毒、有害食品这类公害犯罪来说，在判定危害行为和危害结果之间的因果关系的时候，引入疫学的因果关系是十分必要并且有利于司法机关打击此类犯罪。

4. 疫学因果关系在本罪中的具体适用

疫学因果关系是一种建立在自然科学法则基础上的推定的因果关系，而不是依靠自然科学法则直接证明的因果关系，所以，在采用疫学方法认定行为人的危害行为与危害结果之间的因果关系时，应当只能在其他传统的因果关系都不能判断因果关系是否存在的情况下，才能考虑运用疫学因果关系。

在本罪中，控方即使无法提出严格的科学证明，但只要掌握足够的情节证据，依据下列事实认定危害行为具有较大的导致危害结果发生的概率，就可以得出行为人的危害行为造成了危害结果的发生的推论：

一是，大量人群出现疾患，都存在着一个共因，即食用过某种食品；二是，食用该食品越多，患病率越高，症状越明显，而患者停止食用该食品后病情有所好转；三是，食用该食品是导致众多人出现疾患的原因，与疫学观察记载的流行特征并不矛盾，与生物学也不矛盾；四是，人们在食用其他食物后罹患该病甚至死亡的几率极小，以统计学的分析方法排除了巧合的可能性；五是，大多数人在患病前未食用其他可能造成该病的食品，并且该食品生产者未掺入有毒、有害非食品原料的其他食品没有造成人罹患该病的危害结果；六是，未食

用该食品的人罹患该病的可能性明显低于食用该食品的人罹患该病的可能性。

具有因果关系的推定作出后，就应当由被告人举证证明其行为没有造成该危害结果的发生，或者证明另有其他人的危害行为造成了该危害结果的发生，如果被告人提不出上述证据，则可以认定被告人的危害行为是该危害结果发生的原因，也就是二者之间具备刑法上的因果关系。

第四节

对生产、销售有毒、有害食品罪司法解释的理论解析

陈京春 *

近年来，司法机关在办理生产、销售有毒、有害食品犯罪案件中，对于“有毒、有害的非食品原料”的司法认定，以及对于使用有毒、有害的非食品原料加工生产的食品是否属于有毒、有害食品的鉴定问题存在诸多争议，影响到了对食品安全犯罪的惩处。最高人民法院、最高人民检察院于2013年5月2日发布的《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）对于生产、销售有毒、有害食品罪的认定进行了细化解释，对本罪的司法认定产生了实质上的影响，需要认真研究。

一、作为抽象危险犯的生产、销售有毒、有害食品罪

有学者指出，我国《刑法》有关食品安全的犯罪更多地体现了传统刑法的色彩，而对食品安全的风险预防性却体现得不够，有关食品安全的犯罪行为绝大多数属于结果犯或具体危险犯，具有预防性的抽象危险犯并不多见。[1]从本质上看，生产、销售有毒、有害食品罪就是一种抽象危险犯，构成本罪不要求发生具体危险，更不要求发生侵

---

* 西北政法大学教授，法学博士。

〔1〕 参见卢建平：“加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡”，载《法学杂志》2010年第12期。

害结果。[1] 但通说认为生产、销售有毒、有害食品罪是行为犯，只要实施了生产、销售有毒、有害食品的行为，即构成犯罪。[2]

抽象危险犯是指由于其本身所包含的对法益的严重侵害可能性而被具体构成要件禁止的行为。抽象危险犯的规范特征是，危险不是该犯罪构成的要件，而是该行为可罚的实质违法的根据。它的成立并不要求行为对法益侵害的危险具体地达到现实化的程度，例如，遗弃的构成并不要求被遗弃人的生命或者健康已经受到直接、具体的损害威胁，因为他人对于被遗弃人的救护或支持对于遗弃行为的成立没有影响；伪证的成立也不要求法官已经面临直接的误判可能；诽谤的成立也不要求事实上已经有人相信了这一虚假情况，等等。[3] 在中国刑法学界，抽象危险犯的概念并不为大多数学者认可。通常认为，危险状态犯中的危险仅限于具体的、现实的危险。[4] 在司法实践中能够认定的危险，只能是指客观的、可以衡量的危险，是具体的危险。抽象危险及抽象危险犯的存在不仅没有理论中的认识根源，同时也缺乏实践中的认定可能。[5]

如果说在传统社会里，抽象危险犯的理论可能是杞人忧天，但是，在当今这个充满风险的社会里，抽象危险犯概念却有其存在的必要性。“危险刑法不再耐心地等待社会损害结果的出现，而是着重在行为的非价判断上，以制裁手段恫吓、震慑带有社会风险的行为。”[6] 从立法上看，生产、销售有毒、有害食品的行为本身并不是处罚的实质根据，而在于所生产、销售的有毒、有害食品构成了对公民人身健康的严重威胁。因此，只要证明存在生产、销售有毒、有害食品的行为，就可以推定存在对公众食品安全的严重威胁，便应成立生产、销售有毒、有害食品罪。

将本罪归类于传统意义上的行为犯可能有不当地扩展本罪适用范围的嫌疑。比如，以陈列的目的，在生产食品样本时加入了非食品原料的有毒、有害物质，或者，行为人为了自己食用，在食品中加入了非食品原料的有毒、有害物质，因其行为不会对食品安全、市场秩序造成现实的威胁，因此，没有必要按此罪认定。但是，以传统行为犯的理论看，只要有生产、销售有毒、有害食品的行为就应认定本罪，显然是不适当的。

---

〔1〕 参见张明楷：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第557、560页。

〔2〕 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第393页。

〔3〕 参见李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第133～134页。

〔4〕 参见刘树德：《行为犯研究》，中国政法大学出版社2000年版，第36～37页。

〔5〕 参见郑飞：《行为犯论》，吉林人民出版社2004年版，第102～103页。

〔6〕 林东茂：《危险犯与经济刑法》，台湾五南图书出版公司1996年版，第15页。

更有人认为，即便有些物质从科学的角度看，存在对人身健康的危害，但是，由于含量的不同，亦未必认定为生产、销售有毒、有害食品罪。如有司法机关认为虽然试验证明苏丹红一号提高了患癌症的风险，但是苏丹红一号并不是必然使人患上癌症，这跟食用的数量、人的体征、饮食习惯和环境有关，目前还没有充分有效的证据（包括科学研究）证明食用多少苏丹红会在多长时间内致癌。因此，苏丹红一号并非刑法意义上的有毒、有害的非食品原料。[1] 依据这样的观点，对于非食品原料对于人身的危害性，需要进行具体的判定，这无疑不当地限定了此类行为成立犯罪的范围。因为，结合食用的数量、人的体征、饮食习惯和环境等因素，对于某些人具有致害的危险，对于另外一些人却并不一定造成疾患。这种认识不仅将本罪的基本犯罪形态设定为具体危险犯，而且将定罪的任务完全委之于鉴定机构。依据抽象危险犯的理论，只要司法人员认为行为人生产、销售有毒、有害食品的行为具有危害公众食品安全的危险，就应当认定构成本罪。在具体案件中，行为是否存在抽象的危险并非完全不需要作判断，而只是不需要作具体的判断，但仍然需要作一般性的判断，只是对作为判断基础的事实进行的抽象程度高。[2] 如果试验已经证明苏丹红一号具有提高患癌症的风险，那么加入苏丹红一号的食品就具有危害公众健康的抽象危险，应当认定成立本罪。

虽然抽象的危险犯与传统的行为犯而言，证明对象是相同的（正因为如此，在德日刑法中抽象危险犯属于行为犯），抽象的危险不属证明对象的范围，降低了证明的难度。但是，抽象的危险是法律依据人们的一般经验而拟制（或推定）的危险，只能将那些具有发生实害的概率较高的危险行为入罪，因此，对于抽象危险犯的成立，应当加以限定。对于生产、销售有毒、有害食品数量较少或毒害性轻微的行为，可以依据《刑法》第 13 条但书的规定，作无罪认定。

二、对生产、销售有毒、有害食品罪的解释化解了司法鉴定和证明的困境

由于本罪的基本犯罪形态是抽象危险犯，而抽象的危险是根据行为事实推定出来的，危害公众健康的危险并非刑事诉讼的证明对象，因此，判定是否成立本罪的关键在于对“有毒、有害食品”的认定。对于何种食品属“有毒、有害食品”，对于生产、销售过程中掺入的物质是否属于“有毒、有害的非食品原料”，通常被认为是技术指标问题，应当由相应的鉴定机构做出鉴定结论，司法

---

〔1〕 参见罗桦：“如何认定在食品添加剂中掺入苏丹红一号的行为”，载《人民司法》2009 年第 6 期。

〔2〕 参见张明楷：“‘风险社会’若干刑法理论问题反思”，载《法商研究》2011 年第 5 期。

机关方能对案件的性质做出判定。如有人认为，对于将超出食品工业原料以外的工业原料添加到食品中，在客观上是否属于有毒、有害，应依据最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》，应以省级以上卫生行政部门确定的机构出具的鉴定结论为依据。如果并非属于有毒、有害，则不构成本罪。[1] 但是，现实的问题是有毒、有害食品的认定或者没有相应的鉴定机关做出相应的鉴定，或者对于某些实质的有毒、有害食品没有标准化的办法进行鉴定。如果司法机关对于“有毒、有害食品”都依赖于鉴定机关的鉴定，那么许多案件将无法办理。

以食盐案件为例，在案件的办理过程中，对查获的假冒食用碘盐进行鉴定存在难题。检察机关为了查证犯罪嫌疑人非法加工的盐是否属于有毒、有害食品，办案人员将非法加工的盐样本交盐务局盐政稽查大队或食品药品监督管理局进行鉴定，但是盐务局盐政稽查大队只能鉴定出样品盐是否加碘，而食品药品监督管理局只能鉴定出样品盐的物质成分，无法出具该盐是否属于有毒、有害食品的鉴定结论。因此，司法机关认为无法认定被告人生产、销售的假食用碘盐是否属于有毒、有害食品。再如“地沟油”的案件，直到当前也没有形成一种公认的、行之有效的鉴定方法。因此，对食品的鉴定结论并非，也不应是司法机关认定“有毒、有害食品”的前提条件，应当结合技术标准和法学标准对“有毒、有害食品”进行判定。

对“有毒、有害食品”的认定应当综合食品原料、食品中含有的有毒、有害物质的属性、加工方法和加工过程等因素进行综合考量，而不能以鉴定结论为唯一根据。例如，在生产、销售“瘦肉精”猪肉案件中，早在2002年，农业部、卫生部、国家食品药品监督管理局就发布公告，明令禁止在饲料和动物饮用水中添加盐酸克仑特罗和莱克多巴胺等7种“瘦肉精”。2008年，《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》（以下简称《规定》）中明确了：“使用盐酸克仑特罗（俗称‘瘦肉精’）等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖供人食用的动物，或者销售明知是使用该类药品或者含有该类药品的饲料养殖的供人食用的动物的，应予立案追诉。明知是使用盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖的供人食用的动物，而提供屠宰等加工服务，或者销售其制品的，应予立案追诉。”依据该《规定》的精神，只要在生猪饲养过程中，在饲料中加入各类国家禁止使用的“瘦肉精”，或者明知是使用

〔1〕 参见王玉珏：“《刑法》第144条中‘有毒有害非食品原料’的合理定位——以近晚食品安全事件为例”，载《法学》2008年第11期。

含有“瘦肉精”的饲料喂养的生猪而加以屠宰销售的，即便在生猪屠宰销售前猪肉内的“瘦肉精”绝大部分已经代谢掉，检测时没有发现大量对人体致害的“瘦肉精”成分，但是，由于中国人有食用猪肉内脏的饮食习惯，依然会对食品安全造成隐患，也应当以本罪进行认定。

而且2001年最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》（以下简称《通知》）只是指出“人民法院受理的生产、销售假药犯罪案件和生产、销售不符合卫生标准的食品犯罪案件，均需有‘省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构’和‘省级以上卫生行政部门确定的机构’出具的鉴定结论。”并未提及“有毒、有害食品”的鉴定问题。因此，依据该《通知》不能得出有毒、有害食品的认定必须以相关机构的鉴定结论为依据的结论。司法人员完全可以根据科学依据和行业常识来判定涉案的食品是否属对人身健康存在危险的“有毒、有害食品”。

面对司法实践中存在的现实问题，《解释》第9条给出了细化的解释，明确规定，在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，掺入有毒、有害的非食品原料，或者在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中，使用禁用农药、兽药等禁用物质或者其他有毒、有害物质，或者在保健食品或者其他食品中非法添加国家禁用药物等有毒、有害物质的，以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。司法机关依据该解释，只要根据相关行政管理法规的规定，查明生产者、销售者在食品生产、流通的各环节加入了列明的禁用物质，就可以认定行为人成立本罪，这将导致在相当比例的此类案件中不再需要进行鉴定。从抽象危险犯（行为犯）的类型特征来看，并不需要认定最终投入市场的食品是否属于有毒、有害食品，只要认定在生产、流通环节掺入了有毒、有害的非食品原料，就可以认定成立本罪。

该《解释》针对司法实践中对于用地沟油加工食用油销售的行为如何定性的问题，明确规定，使用有毒、有害的非食品原料加工食品的，依照生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。这一规定将作为本罪立法根据的抽象危险进一步抽象化，也就是说，只要是使用有毒、有害的非食品原料加工食品的，就可以推定加工出来的食品属有毒、有害食品，即便无法鉴定加工出来的食品属有毒、有害食品，也要按本罪定罪处罚。《解释》对生产、销售有毒、有害食品罪的这一解读固然可以回避司法鉴定和证明的困境，但是，抽象危险犯的抽象危险本来就是由行为推定出来的，而利用诸如地沟油一类的有毒、有害的非食品原料加工出来的所谓“食品”是否是客观上对人体健康有毒、有害的食品，从科技的角度看却未必可知，这就导致本罪中的抽象危险被进一步抽象化了，其合理性值得怀疑，将此类行为认定为生产、销售不符合食品安全标准的食品罪，

还是本罪，需要认真思考，并对司法实践进行持续观察方能得出科学的结论。

三、行政执法与刑事司法的衔接与渎职责任的追究

本罪是典型的行政犯。所谓行政犯是与刑事犯相对而言的，行政犯是出于行政管理的需要而设定的刑事犯罪。“行政刑法具有行政法与刑法的双重性质，行政刑法在法律上实际兼容了行政法和刑法的双重性质，是一种特殊的，具有双重性的法律体系。也正是在这个意义上，行政刑法才有‘行政’与‘刑法’之名，而既非单纯地属于行政法的性质，亦非纯粹地属于刑法的范畴。行政犯罪是具有双重违法性的行为，这种双重违法性决定了其法律责任的双重属性，即对行政犯罪既要追究行政责任又要追究刑事责任。”〔1〕 行政违法行为与犯罪行为存在质的区别，行政机关和司法机关分别追究行为人的行政违法责任和刑事责任，行政机关和司法机关的责任不同。“凡是行政法规规定为违法的，只要其危害性达到一定的严重程度，原则上都应当规定为犯罪。不应出现某一行政违法行为尽管严重，但却不构成犯罪的情形；或者出现行政法本应对某一行为进行规制但却直接交由刑法进行处罚的情形。”〔2〕

应然上，行政机关在执法过程中发现某人的行为已经达到刑事犯罪的程度，就应当移交公安机关立案侦查。但是，针对食品安全的行政执法却存在现实的困境，导致很多应当追究刑事责任的案件无法移交给侦查机关。比如，在非法经营食盐的案件中，犯罪手段越来越狡猾，如采取“游击战术”不断转移犯罪地点，采取“蚂蚁搬家”式方法不间断地少量经营，不设立账目或者设立假账，通过电话联络销售，销售地点只存放少许非法经营的食盐等，单纯依赖行政执法机关，要一次性查获非法经营的大量食盐难度很大。再如，生产、销售有毒、有害食品的行为多发生在农村或城乡接合部，尽管《刑法修正案（八）》新增了食品监管渎职罪，但是根据现有的行政执法能力，很难对此类行为进行严格的监管，因此，完全依赖于行政执法和行政执法机关对案件的移交，很难达到犯罪预防的目的。在这种现实情况下，侦查机关不仅应当积极地对行政机关移交的生产、销售有毒、有害食品案件进行立案侦查，而且对于社会各界举报的此类案件，也应主动侦查，避免由于行政执法不力而导致的对此类罪行打击不力的局面。

同时，为了防止个别行政执法机关基于部门利益的考虑，片面强调行政优

---

〔1〕 周佑勇、刘艳红：“行政刑法性质的科学定位（下）——从行政法与刑法的双重视野考察”，载《法学评论》2002 年第 4 期。

〔2〕 赵秉志、郑延谱：“中国行政刑法的立法缺憾与改进”，载《河北法学》2006 年第 8 期。

先和行政处罚，怠于移交刑事案件的做法，在食品安全犯罪案件中，应当确立“刑事先理”的原则。当案件既可能是行政违法案件，又可能是犯罪案件时，原则上应当先由司法机关按刑事诉讼程序解决行为人的刑事责任问题，再由行政机关依行政处罚程序解决行为人的行政处罚责任，解决“以罚代刑”和“移送难”的问题。对于行政机关而言，如果行政执法机关在行政执法时认为生产、销售有毒、有害食品的行为可能构成犯罪，应主动将案件移送司法机关，再视司法机关处理情况和法律规定来依法实施行政处罚；如果行政机关已适用了行政处罚后才发现食品生产者、经营者的行为可能构成犯罪，行政处罚也不影响对犯罪嫌疑人刑事责任的追究，行政机关已经对犯罪嫌疑人进行了行政罚款，司法机关仍然可以适用刑罚。但是，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金。此外，也不能单纯地适用刑罚，并以此排斥行政罚，造成只判处刑罚，而不对经营企业执行吊销营业执照等行政处罚，造成法律适用上的悖论。

有证据证明，至少部分地区行政执法渎职行为是现实存在的[1]。因此，强化行政监管职能，是扼制食品安全犯罪的根本策略之一。《解释》第16条规定：“负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果，同时构成食品监管渎职罪和徇私舞弊不移交刑事案件罪、商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪等其他渎职犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，不构成食品监管渎职罪，但构成前款规定的其他渎职犯罪的，依照该其他犯罪定罪处罚。负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员与他人共谋，利用其职务行为帮助他人实施危害食品安全犯罪行为，同时构成渎职犯罪和危害食品安全犯罪共犯的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”该解释重申了对食品监管渎职犯罪从严惩处的态度。但是对于当前司法实践中，如何判定渎职并没有给出有针对性、可操作性的界定。由于对食品安全监管人员渎职行为认定标准的不明确，可能出现过分苛责行政执法人员的情况：对于完全超出行政执法人员执法能力和预见可能性的情形，单独依据客观的后果认定有罪，有陷入依结果论罪、客观归罪的可能。另一方面，对于行政执法人员收受贿赂（构成受贿罪）因而渎职的案件，应当明确数罪并罚的原则。

---

〔1〕 经实证调研，某省会城市某区数年内没有办理过一起食品安全的犯罪，而同样经济发展程度和经济规模的另一省会城市一年内办理的食品安全犯罪就有一百多例。

四、对于“明知”的认定：推定与证明

在认定生产、销售有毒、有害食品罪的主观方面时，“明知”是必要的要素。刑法中虽然只明确规定实施销售行为时行为人对产品中掺入有毒、有害的非食品原料要有明知，对于“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的”没有“明知”的表述。虽然“在刑法中对特定客体有明知规定的只是极少数，而大多数都没有明知的规定，但这并不意味着在这种刑法没有规定的情况下就不需要明知”。[1] 刑法只是对销售行为中的主观认识作特别强调，而认为生产行为中对掺入的是足以严重危害人体健康、生命的非食品原料有明知无需作特别规定。[2] 本罪中无论是生产还是销售行为，都要求行为人主观上存在“明知”。

在生产、销售有毒、有害食品案件的办理过程中，犯罪嫌疑人多称其并不清楚其向食品内添加的物质是有毒、有害的非食品原料，以“地沟油”案件为例，犯罪嫌疑人到案后大多以“不知道下家拿‘地沟油’做什么”、“用来生产生物柴油、饲料油”等借口试图规避责任，逃避打击。由于客观上此类案件涉案环节多、链条长，食用油检测标准不完善，对餐厨废弃油脂循环利用缺乏统一规范等情况确实存在，给行为人主观“明知”的证明带来困难。

面对这一问题，有学者认为，在生产、销售假药和生产、销售有毒、有害食品等类犯罪案件的审判中，可以借鉴英美国家关于严格责任犯罪的规定，适用举证责任倒置的规则。[3] 即只要司法机关能够证明行为人存在生产、销售有毒、有害食品的行为，就可推定其主观上“明知”，除非行为人能够提出合理的理由证明自己主观上不知道或不可能知道。虽然这一观点有利于解决“明知”证明困境的问题，但是却没有合理的理论根据。

“严格责任”并非“无过错刑事责任”，即立法者在肯定处罚无辜者的危险远小于每个案件中要求证明犯意给公众带来的危险的基础上，强制性地推定行为人具有过错。[4] 现代意义上的严格责任已经演变成主要以举证的分配为特征的刑事责任。行为人实施刑法所禁止的行为，只要被告人能证明自己不存在与犯罪行为相关的犯意，或者能够证明存在主观过错的辩护理由，实践中一般都

---

〔1〕 参见陈兴良：“奸淫幼女构成犯罪应以明知为前提——为一个司法解释辩护”，载《法律科学》2003年第6期。

〔2〕 参见周光权：《刑法各论讲义》，清华大学出版社2003年版，第229页。

〔3〕 参见何家弘：《毒树之果》，大众文艺出版社2003年版，第537页。

〔4〕 参见劳东燕：“公共政策与风险社会的刑法”，载《中国社会科学》2007年第3期。

不予定罪。只有当一种或者多种一般认为有效的辩护不能排除定罪时，才承担我们所称的严格责任。[1] 而推定的内在结构要求必须提供给被告人反驳的空间和可能性，否则会造成被告人人权保障的真空地带，导致客观归罪。而在本罪中，让犯罪嫌疑人或被告人承担举证证明自己主观上不存在"明知"的责任是无法完成的任务。行为人能够提供的主要是自己已经谨慎地履行了食品行业所要求的职业上的义务的证据，如若他人故意在行为人生产、销售的食品中投入有毒、有害物质，而行为人不知，按照严格责任的观点，则可被认定为构成本罪，这显然是不当的。正是由于严格责任基于公共利益的考虑，使犯罪嫌疑人或被告人处于不利的处境，因此，作为一种例外，严格责任一般仅限于环境保护等特定领域，且受到相当限制：一是排除重罪适用；二是限制刑罚量，一般都处以罚金刑；三是行为人具有一定程度的难以证明的过失；四是意外事件等情形可以作为辩护理由。[2] 而本罪是最高可适用死刑的重罪，不应套用英美法的严格责任来解决"明知"要素证明困境的问题。

刑法分则具体罪名中的"明知"是判断犯罪故意构成要素的"明知"的基础和条件，没有对具体个罪的"明知"认定，就很难判断犯罪故意的成立。从这个意义上讲，"刑法分则之明知为第一次明知，刑法总则之明知为第二次明知"。[3]两者的区别还在于对证明程度的要求上是不同的，刑法分则中的"明知"的证明程度要低于总则中"明知"的证明程度。[4]通说认为，刑法分则中的"明知"是指"知道或者应当知道"，这也得到最高司法机关的肯定。如2001年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条在解释生产、销售不符合标准的医用器材罪时，指出："医疗机构或者个人，知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用，对人体健康造成严重危害的，以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。"明确了行为人主观上无论是"知道"或者是"应当知道"都符合该罪的主观要件。而生产、销售不符合标准的医用器材罪与生产、销售有毒、有害食品罪的罪状结构基本一致。"明知"既包括行为人确切地知道，也包括行为人应当知道[5]的观点是

---

〔1〕 参见赵秉志主编：《英美刑法学》，中国人民公安大学出版社2007年版，第59~60页。

〔2〕 参见邓子滨："论刑法中的严格责任"，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第五卷），中国政法大学出版社1999年版，第271~276页。

〔3〕 参见张明楷："如何理解和认定窝藏、销赃罪中的'明知'"，载《法学评论》1997年第2期。

〔4〕 参见张明楷：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第222~223页。

〔5〕 王玉珏："《刑法》第144条中'有毒有害非食品原料'的合理定位——以近晚食品安全事件为例"，载《法学》2008年第11期。

正确的。

在判断“明知”时，可以结合买卖双方的成交价格、进货渠道是否正当、买卖或交接食品的方式以及时间地点、行为人对食品的认识程度、相关部门的禁止或安全预警，以及根据行为人的年龄、经历、学识、职业、职务、职责、素质等因素综合判断。即便行为人不是确切知道是有毒、有害的非食品原料，但行为人根据基本的科学原则、供货渠道不正常、价格明显低于市场正常水平、违反行业规范等事实情况应当知道销售的食品中可能掺有有毒、有害的非食品原料的，也可证明行为人主观上存在“明知”。

针对上述问题，《解释》第11条规定：“以提供给他人生产、销售食品为目的，违反国家规定，生产、销售国家禁止用于食品生产、销售的非食品原料，情节严重的，依照《刑法》第225条的规定以非法经营罪定罪处罚。”这一规定，一方面将向食品生产、销售方提供禁止用于食品生产、销售的非食品原料的行为独立定罪（而不认定为生产、销售有毒、有害食品罪的共犯），另一方面也明确了，如果认定本罪，需要行为人对自己提供的非食品原料属于国家禁止用于食品生产、销售的，和向他人提供是为了生产、销售所需是知道的或应当知道的。

五、加重处罚情形下对因果关系的认定及其规避

对于本罪的基本犯而言，司法机关不需要对危害行为与危害结果的因果关系作出专门判断，即可认定为犯罪。但是，如果行为人的危害行为对人体健康造成严重危害，致人死亡或者对人体健康造成特别严重后果，就要认定危害行为与危害结果间的因果关系，以确定对行为人的刑罚。在司法实践中，对于小规模生产、销售有毒、有害食品的犯罪活动，危害结果是由哪个危害行为所造成的易于查清，因果关系问题并不复杂，但是对于犯罪人数众多，涉及产、购、销等多个环节，造成众多被害人伤害、死亡等后果的情况，难以证明严重伤害或者死亡的结果是哪个具体行为人造成的，这时在因果关系的认定上就存在很大困难。如果对行为人全部按基本犯处罚，明显放纵了犯罪分子，不能维护被害人的合法权益，也不利于捍卫法律的权威，“三鹿事件”中对管理人员以生产、销售伪劣产品罪的定性就反映了对因果关系证明的困难。

由于在生产、销售有毒、有害食品案件中，往往涉及面很广，查证所有严重后果与生产、销售有毒、有害食品行为之间存在因果关系的任务非常繁重。在《刑法修正案（八）》生效之前，如若适用加重的法定刑，则必须证明生产、销售有毒、有害食品行为与严重后果之间存在因果关系。在案件的审理过程中，往往有新的被害人出现，如果待所有的被害人所遭受的伤害结果都查清再做出

判决，往往刑事案件的审理会被不合理的拖延。加之，我国刑事诉讼法并未确立“一事不再理原则”，往往出现在判决生效之后，依然有新的被害人提出自己人身伤害的结果是由于食用犯罪人生产、销售的有毒、有害食品导致的，案件可能会因发现新的犯罪事实而再审，导致对犯罪人的刑事责任追究处于不确定的状况，损害了法律适用的安定性和裁判的既判力。因此，如何在打击刑事犯罪与保障法律适用的安定性之间寻求平衡，是一个现实的、需要认真对待的法律问题。

在《刑法修正案（八)》生效之后，这种情况发生了改变。《刑法修正案（八)》将加重法定刑的适用条件中增加了“其他严重情节的”、“其他特别严重情节的”规定，与“对人体健康造成严重危害”、“致人死亡”实害结果相并列。因此，在此类案件办理过程中，司法机关应结合对人体健康的实害结果和其他严重情节，对生产、销售有毒、有害食品犯罪的严重程度进行综合判断，即对于能够查证对人体健康和生命造成的实害结果与生产、销售有毒、有害食品行为之间存在因果关系的，予以认证。同时，也要结合生产、销售的有毒、有害食品的数量、销售数额、非食品原料的毒害性等多种因素，对生产、销售有毒、有害食品的情节予以考量，以判定此类行为违法性的程度，确定适用的刑格。

《解释》第 6 条明确规定了生产、销售有毒、有害食品“其他严重情节”的情形，主要考量因素是数量、毒性，以及涉及婴幼儿食品安全的情况。这一解释使生产、销售有毒、有害食品行为违法性的判定更为全面，不仅仅依据结果无价值，也要从行为无价值的角度进行综合的分析认定，其直接的后果是，在这些情况下，显然不需要进行因果关系的认定。

第五节

生产、销售有毒、有害食品罪疑难问题研究

周　欣[*]　魏　军[**]

国以民为本，民以食为天，食以安为先。食品是人类赖以生存和发展的基本物质条件，食品安全关系着人民的生命健康和切身利益，关系着企业信誉、国家形象，在任何一个国家，食品及其安全性都是上至国家领导人，下至平民百姓共同关注的一个永恒话题。每年由于食品安全犯罪所造成的严重后果，使食品安全问题已成为全球公众优先考虑的问题，并发展成为一个世界性的问题。

目前，我国尚处于经济转轨时期，在食品生产领域出现了一些道德沦丧、社会责任感严重缺失的不法分子，他们为了牟取高额利润而不择手段，置广大人民群众的健康与生命于不顾，导致食品安全事故频频发生，也给我国经济造成了重大的损失。从“雀巢婴幼儿奶粉转基因事件”、“苏丹红事件”到“三鹿奶粉三聚氰胺事件”、“地沟油事件”，再到“双汇瘦肉精事件”、“塑化剂事件”等等，一波未平一波又起，让广大消费者胆战心惊。食品安全犯罪的严重社会危害性，已经引起国家的高度关注。

食品安全问题不仅关系着国家食品安全的监督管理秩序，而且关系到千家万户的身体健康和生命安全，更关系

* 上海市宝山区人民检察院检察官。
** 成都市中级人民法院审判员。

到和谐社会的建设。针对日益严重的食品安全问题，我国近年来在食品安全方面不断加强管理、监督，食品安全监管体系逐步形成，随着《食品安全法》的颁布、施行，食品安全监管体系得到了进一步的完善，而《刑法修正案（八）》以及2013年4月公布的司法解释更是对我国现行刑法中有关食品安全方面的罪名进行了完善。尽管立法对生产、销售有毒、有害食品罪进行了完善，但是随着社会发展的日新月异，食品行业日益高科技化和复杂化，现有关于生产、销售有毒、有害食品罪的规定在司法实践中的认定还是有许多不明确的地方，因此，深入研究本罪十分必要。

一、本罪客观方面的认定

（一）本罪有毒、有害非食品原料的认定

1. 有毒、有害非食品原料的概念

我国《食品安全法》第99条第1款规定："食品，指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。"该条款沿用了1995年《食品卫生法》中关于"食品"的定义。依此定义，食品的范围应当包括如下三类：一是，供人食用或者饮用的成品；二是，供人食用或者饮用的食品原料；三是，按照传统既是食品又是药品的物品。

生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪对象是有毒、有害的食品，根据《刑法》第144条的规定，该对象必须是"掺入有毒、有害的非食品原料"的食品，因此，如何理解"有毒、有害"和"非食品原料"含义就成了本罪的关键问题。

（1）非食品原料。对于非食品原料，当前学界主要有以下两种观点：第一种观点认为，非食品原料是与食品原料相对而言的，食品原料是指，粮食、油料、肉类、蛋类、糖类、薯类、蔬菜类、水果、水产品、饮品、奶类等可以制造食品的基础原料，……而在食品制造领域，经常使用一些非食品原料，如食品添加剂、食品强化剂。[1] 第二种观点认为，非食品原料指食品工业用原料以外的工业原料。食品工业用原料有食品化工产品、食品添加剂等专有名称，与类似的化工原料在规格、质量及毒性等方面有很大区别。……具体讲"非食品原料"就是指卫生部发布的《食品添加剂使用卫生标准》所列的品种以外的工业原料。[2] 根据第一种观点，食品添加剂等化工原料显然属于非食品原料的范围，但若依第二种观点，却会得出相反的观点。因此，对于这一问题的争议由

〔1〕王作富：《刑法分则实务研究（上）》，中国方正出版社2006年版，第276页。

〔2〕刘明祥、康均心：《假冒伪劣商品犯罪研究（上）》，武汉大学出版社2000年版，第177页。

于尚未出现有效的法律解释，学界很难达成统一的认识。

关于食品添加剂是否属于食品原料的问题，笔者认同第一种观点：食品添加剂不属于食品原料，应当属于非食品原料。主要原因有两方面：一方面，从物品本身的性质上看，虽然食品添加剂已经成为各种现代食品不可缺少的构成要素之一，但是食品添加剂与食品原料或者食品本身存在本质区别。根据《食品安全法》第99条的规定："食品添加剂，指为改善食品品质和色、香、味以及为防腐、保鲜和加工工艺的需要而加入食品中的人工合成或者天然物质。"由此可见，食品添加剂的存在是以食品为基础的，其定位应当是为食品"服务"的物质。食品的主要功能在于满足人体的生理和营养需求，属于人类的日常生活必需品；而食品添加剂并非食品的必要组成部分，并不具有一般意义上食品的各种营养成分，将其添加到食品中的目的在于改善食品的各种特性，使之更适宜人类食用。也就是说，食品添加剂本身并不具备食品原料可充饥、有营养的基本功效，而只是出于延长保质期、改善食品的感官性状以及保持或改善营养价值等"技术需要"才添加于食品原料之中的。[1] 在正常情况下，无论是食品成品还是食品原料，人类经过简单加工一般可以直接食用，但单纯的食品添加剂却不能独立作为食用的对象，自然也不能被人们归入食品的范围之内。

更为关键的一点是，根据罪刑法定原则，《刑法》第144条规定该罪的对象必须是"掺入有毒、有害的非食品原料"的食品，如果将食品添加剂归为食品原料，那么一旦在食品里加入了超过法定剂量的食品添加剂，达到有毒、有害的程度，也不能定"生产、销售有毒、有害食品罪"这个罪名了，因为其添加的原料尽管有毒有害，但仍然属于食品原料，只能构成"生产、销售不符合安全标准的食品罪"，而这一罪名的法定刑低于"生产、销售有毒、有害食品罪"。根据罪责刑相适应原则以及本罪设定的立法初衷来看，犯罪所体现出来的严重社会危害性也主要表现在"掺入有毒、有害的非食品原料"这一行为上，而这样的行为如果定"生产、销售不符合安全标准的食品罪"，并不能达到惩治这一犯罪的目的。我们知道，食品添加剂的本质不是食品，是不能够单独食用的，而由于现实需要，食品添加剂会作为食品的一部分在食用过程中进入人体，直接影响到食用者的身体健康和生命安全。因此，从法益保护的角度来看，也必须对食品添加剂的使用进行严格的规范，而将食品添加剂作为非食品原料看待更能实现这一保护目的。

根据上文所述，笔者认为非食品原料包括有：①工业原料；如硼砂、工业

---

〔1〕 李宏梁主编：《食品添加剂安全与应用》，化学工业出版社2011年版，第51页。

酒精、工业用食盐、工业染料苏丹红、色素胭脂红、瘦肉精、增加甜味的化学合成剂（甜蜜素），等等。这些工业原料根本不能食用，一旦食用会对人体机能造成严重损害，危及人体健康。②为防病等特殊需要，被禁止出售的物质；如河豚，几乎所有种类的河豚都含有河豚毒素，为了食用安全，这些物质不得随意销售。③食品添加剂和营养强化剂。食品添加剂上文已详细论述，在此便不再赘述。营养强化剂又称食品强化剂，是指为了增强营养成分而加入食品中的天然的或者人工合成的，属于天然营养素范围的食品添加剂，如维生素等。[1] 这两类物质虽然不属于食品原料，但是在合理范围内的使用，其性质为无毒、无害的非食品原料。

（2）有毒有害。通俗地讲，凡通过接触、吸入、食用等方式进入机体，并对机体产生危害作用，引起机体功能或者器质性暂时性或是永久性病理变化的物质都叫做有毒物质，而有害物质是指人类在生产条件下或日常生活中所接触的，能引起疾病或使健康状况下降的物质。[2] 从这种理解可以看出，“有毒的非食品原料”是指破坏人体健康甚至危及人类生命的非食品原料，“有害的非食品原料”是指不利于人体健康的非食品原料。因此，有毒物质与有害物质之间是一种包容与被包容的关系，有毒的物质一定是有害的物质，但有害的物质不一定能称得上有毒，后者的外延要大于前者。一般来说，同等单位有毒物质和有害物质对人体健康造成的危害程度一般有所不同，也就是说，对人体健康造成等量程度危害的物质所含毒性与害性的量也必然不同。如果按照一般常理来解释“有害”，在单位物质内所含之毒性与害性可能造成的危害程度相差不大的情况下，将二者并举尚可接受，而一旦当单位物质内所含之毒性与害性造成的危害相差甚远时，仍然将二者并举就显得极不合理。因此，我国刑法学界通说认为，既然立法上将二者并举且配置相同法定刑，说明我们应当对“有害”进行限制解释，让之与“有毒”相匹配，即“有毒”的范围容易确定，有害的范围则较广，不能扩大“有害”的范围。只有与有毒物质相当的，足以造成严重食物中毒或者其他严重后果的物质，才是“有害”物质。[3]

因此，“有毒、有害的非食品原料”是指，对人体有生理毒性以及食用后造成不良反应，损害肌体健康且不能单独食用的原料。

---

〔1〕 丁天球：《破坏社会主义市场经济秩序罪重点疑点难点问题判解研究》，人民法院出版社 2005 年版，第 48 页。

〔2〕 陈烨：“食品安全犯罪的对象研究”，载《西南政法大学学报》2012 年第 4 期。

〔3〕 张明楷：《刑法学》（第 4 版），法律出版社 2011 年版，第 652 页。

2. 对非食品原料有毒、有害的尺度把握

确定了本罪非食品原料的范围，另一个重点就在于非食品原料是否有毒、有害，对有毒、有害的尺度的认定必然会影响到本罪的认定。针对这一点，笔者认为有以下几个方面需要探讨：

第一，非食品原料本身有害，但合理食用后不会发生危害。有些非食品原料本身是有害的，如果单独食用这些物质会给人体造成危害，但是这些有害非食品原料如果按照法律规定合理适量地加入到相应的食品中，非食品原料的毒害性就会得到一定的消释，食用此种食品并不会给人体造成较大的危害。如食品添加剂虽然不属于食品原料，但是合理范围内的使用并不违法。《食品安全法》第46条规定："食品生产者应当依照食品安全标准关于食品添加剂的品种、使用范围、用量的规定使用食品添加剂；不得在食品生产中使用食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质。"食品添加剂本身具有一定的毒害性，但只要合理控制其使用方法和剂量，就不会对人体产生危害。如亚硝酸盐作为肉类制品中的发色剂，适量的使用可以使肉制品呈现良好的色泽，增加人们的食欲，并不会对人体造成危害，此时，该种非食品原料的使用就没有达到有毒有害的程度，属于合法范围内的使用。可是，如果行为人在使用食品添加剂时违反法律规定，故意加大剂量或者违规操作，就会对人体产生毒害作用，如亚硝酸盐一旦使用过量，不仅可能发生中毒，而且其亚硝酸基还可以与食品中一、二级胺化合形成一种致癌物质亚硝胺，长期食用就会使人患上癌症，这种情况下的食品添加剂就应被认定为有毒、有害的非食品原料。因此笔者认为，如果按照法律规定合理的使用此类非食品原料，并不会发生较为严重的危害后果，也不会达到生产、销售有毒、有害食品罪中有毒、有害的尺度；若是不符合食品安全标准的，经鉴定属于违法使用，达到有毒、有害程度的，则可以按照生产、销售有毒、有害食品罪进行定罪量刑。

第二，非食品原料本身有害且食用后也会给人体带来危害。非食品原料本身有害而且食用后也会对人体造成危害的，此时就应认定其为有毒、有害的非食品原料。笔者认为在这种情形下，该非食品原料必定为相关法律规定食品中可以添加物质之外的非食品原料，即使行为人主观上不知道该非食品原料是有毒、有害的，但不能据此排除其责任。对于本身就有毒、有害的非食品原料，无论是生产者还是销售者都有义务和责任去确定该原料的属性和安全性，不能因为主观上的松懈而减轻其责任。如将苏丹红掺入到烧烤类食物中，用福尔马林浸泡食物，此时均符合有毒、有害的尺度。不过还有一种例外情形，即非食品原料本身有毒害，但在非食品原料被掺入食品时，非食品原料与食品间或者在复合添加的情况下，多种非食品原料间产生化学变化而使食品无毒害的，则

不构成犯罪。但这种情况下也需要行为人明知非食品原料加入之后会产生化学变化而导致食品无毒害，否则纯属偶然巧合而导致无毒害的，只是行为人的认识错误，仍然构成本罪，只不过这种情形下可能成立的是本罪的未遂形态。[1]

第三，非食品原料本身无毒、无害，但是被掺入到食品中食用后会给人体造成危害。一般而言，“有毒、有害”是在非食品原料被掺入到食品中之前就具有的属性，但我们也不能排除另外一种可能性的存在，即非食品原料本身无毒、无害，但是非食品原料在被掺入食品时，非食品原料与食品间或者在复合添加的情况下，产生化学变化而导致食品有毒有害，被人食用后将会对人体造成危害。在这种情况下，应区分情形来认定该非食品原料能否被认定为有毒有害：①对于某些具有特殊体质的人来说，如果其食用了含有此种非食品原料的食物后对健康造成了损害，而一般人食用后并不会对身体造成危害，笔者认为，此时的非食品原料并不符合有毒、有害的尺度，因为其不具有普遍性，而只具有个体性，此种情况下不应以生产、销售有毒、有害食品罪论处。②对于某些非食品原料本身无毒、无害，可是生产者或销售者明知道或应当知道，将其掺入食品中普通人食用后会造成损害，而依然将其掺入到食品中或销售该种食品的，笔者认为此时该非食品原料符合有毒、有害的尺度。但如果生产者或销售者不知道或者不可能知道食用后会对人体造成损害，那么此种情形下，不应认定其为有毒、有害。

3. “有毒、有害”非食品原料的司法认定

对“有毒、有害”非食品原料的司法认定是成立本罪的一个关键问题，因为食品安全是一个相对概念，不存在绝对安全的食品，“有毒、有害”自身必然也是相对性概念。首先，食品安全并不意味着食品中完全不含有任何有害成分。任何食物成分，尽管是对人体有益的成分或者毒性极低的成分，若食用量过大或食用条件不当，都可能引起毒害或损害健康的后果。如食盐摄入过量会中毒，换言之，食品中不应含有对人体健康造成危害的因素，但这并不是说食品中不能含有任何对人体有害的成分，而是说有害成分含量不能达到危害人体健康的水平；其次，饮食的风险不仅来自生产过程中人为施用的农药、兽药、添加剂等，还大量来自食品本身含有的天然毒素。过度偏食可能使食品中某些化学成分在人体中超量积累而达到有害程度。此外，某些食品的安全性是因人而异的，如鱼、蟹类水产品经合理的加工制作及适量食用，对多数人是安全的，但对少

---

〔1〕 舒洪水：“生产、销售有毒有害食品罪中‘明知’的认定”，载《法学》2013年第8期。

数人来说，则可能带来危险甚至会危及生命。[1] 因此，如何认定“有毒、有害”非食品原料是一个较为复杂的问题。

笔者认为，对于“有毒、有害”非食品原料的认定问题，应当坚持客观标准。

（1）“有毒、有害”非食品原料应当符合质和量上的要求。①质的要求包括：一是，掺入食品中的对象应是“非食品原料”，如果将食品原料掺入食品中，即使由于某种原因，如被污染、变质，致使对人体产生毒性或者造成损害，也还是“有毒、有害的食品原料”，而非“有毒、有害的非食品原料”，不构成生产、销售有毒、有害食品罪。二是，该非食品原料必须在人体食用后能够造成危害结果，排除个别人的特殊体质所造成的危害结果。②量的要求。食品中不应含有对人体健康造成危害的因素，但这并不是说食品中不能含有任何对人体有害的成分，而是说有害成分的含量不能达到能够造成人体健康危害的水平。有些非食品原料本身确实有害，但是其在量上还不足以对人体的健康造成损害或者威胁，那么这种非食品原料并不符合有毒、有害的要求，不能将其作为入罪的前提条件。

（2）认定非食品原料“有毒、有害”应当进行科学的鉴定。在这个问题上，学界一般认为非食品原料是否有毒、有害，应以省级以上卫生行政部门确定的机构出具的鉴定结论为依据，其依据是最高人民法院2001年发布的《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》。然而，该《通知》中只是指出，“人民法院受理的生产、销售假药犯罪案件和生产、销售不符合卫生标准的食品犯罪案件，均需有‘省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构’和‘省级以上卫生行政部门确定的机构’出具的鉴定结论”，并未提及“有毒、有害食品”的鉴定问题。并且在实践中经常出现的情况是，有毒、有害食品的认定或者没有相应的鉴定机关做出相应的鉴定，或者对于某些实质的有毒、有害食品却没有标准化的方法进行鉴定。因此，对“有毒、有害食品”的鉴定应当综合考量食品原料、食品中含有的有毒、有害物质属性、食品的加工方法以及食品的加工过程等各种因素，结合科学技术标准、法学标准以及行业常识来对“有毒、有害食品”进行判定，而不能以鉴定结论为唯一依据。

（二）本罪实行行为的认定

我国《刑法》第144条规定，生产、销售有毒、有害食品罪是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知掺有有毒、有害的非

---

〔1〕王玉珏：“《刑法》第144条中‘有毒有害非食品原料’的合理定位——以近晚食品安全事件为例”，载《法学》2008年第11期。

食品原料的食品的行为。通过分析本条罪状，我们可以知道，此罪基本罪状包括两种情形：第一种情形是在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料；第二种情形是销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品。因此，对本罪中"掺入"、"掺有"以及"生产、销售"这三种行为的不同理解，直接关系到本罪的认定。

1. 掺入

《现代汉语词典》对于"掺"的解释是"把一种东西混合到另外一种东西里去"。[1]"入"是指进来或进去，已经包含在"掺"的内涵中。因而，"掺入"即可解释为"把一种东西混合、加入到另一种东西里去"。从字面含义及法条语法结构分析，"掺入"行为对应着两个行为对象，其核心内涵是指人为地将两种东西混合，在本罪中即是指行为人将食品与有毒、有害的非食品原料混合。因而，有学者认为，"掺入"是指行为人通过积极的行为，把禁止使用的有毒、有害的非食品原料加入到食品中的动作过程。除此之外，司法实践中还有这样一种特殊形态存在：即将毒害物质直接冒充食品出售，例如，将工业用硝盐直接作为食盐出售，将工业酒精冒充食用白酒出售，因此也有学者认为，"掺入"不仅包括将有毒、有害的非食品原料加入到生产、销售的食品中，而且还包括把这些有毒、有害的非食品原料直接当作食品或者食品原料出售。[2]

这种情形是否可以视作"掺入"？笔者认为，把有毒、有害的非食品原料直接当做食品或者食品原料出售的行为当然可能构成本罪，根据行为人行为性质的不同，这种情况可能会构成本罪与他罪的想象竞合，但此时惩罚行为人不是因为其有"掺入"的行为，而是因为其实施了销售行为，将这种销售行为理解为"掺入"并不妥当。在这种情况下，其更符合本罪中的第二种情形：销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品。"掺入"应当是一种物质放入另一种物质之中的行为，以存在两种以上物质为前提，仅有一种物质是不可能构成"掺入"的，且此种情形下的"掺入"必须是行为人或其同案犯所为，而不能是他人所为。因此，对于将工业用硝盐直接作为食盐出售，或将工业酒精冒充食用白酒出售的这类行为，不应理解为"掺入"，将其理解为"掺有"更加合适，其性质为销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品。

---

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第147页。

〔2〕 张冬霞编著：《查办生产、销售伪劣商品犯罪案件实用指南》，中国人民公安大学出版社2007年版，第94～95页。

2. 掺有

根据上文所述，“掺”是“把一种东西混合到另外一种东西里去”，“有”代表了一种存在的状态，因此，本罪中的“掺有”包含有“含有”、“携带”、“夹杂”之意。有学者认为，第二种情形中的“掺有”不仅含有行为人积极主动地添加的情形，还包括根本无任何添加行为而只是单纯销售的行为。[1]

对此种看法，笔者并不完全赞同。笔者认为，此时的“掺有”不能包含行为人积极主动地添加的行为，只能是无任何添加行为的单纯销售的行为。首先，“掺有”这一行为是规定在本罪的第二种情形下，即销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品。这种情形与第一种情形相比，针对的仅仅是销售这一行为，而不包括生产这一行为。如果将此时的“掺有”理解为行为人积极主动地添加，这一行为就成为在销售的食品中掺入有毒、有害物质，从本质上而言仍然是一种“生产”行为，这就与第一种情形中的“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料”行为重复，就没有区分了。其次，与“掺入”只能是犯罪行为人本人或其同案犯所为，且应是积极主动地进行添加不同的是，“掺有”是一种被动的状态，行为人只能是明知某种食品已被掺入了有毒或有害的非食品原料，该非食品原料并非行为人所添加，行为人只是进行了销售的行为，因为销售的行为才招致刑罚，此时，刑法规制的重心是“销售”。因此，本罪中的“掺有”代表了一种被添加的状态，其核心内涵是行为人自己未实施掺入行为，而将他人掺入了有毒、有害非食品原料的食品出卖给第三人。

3. 生产、销售

（1）“生产”，在《现代汉语词典》中的定义为：用工具创造各种生活资料和生产资料，是人们创造物质财富的过程。经济学中“生产”的定义为：将投入转化为产出的活动，或是将生产要素进行组合以制造产品的活动。根据上述定义，养殖行为和种植行为显然属于生产行为。但从司法实践来看，养殖行为和种植行为是否属于本罪中的生产行为到目前还没有定论。一般来讲，农产品从种植或是养殖的过程，到达人们可以食用的初级农产品还有一定的距离，还不是刑法意义上的“食品”，如果养殖和种植单纯是为了满足自身的需要，虽然属生产行为，即使在过程中添加了有毒、有害物质，但由于这种行为本身没有社会危害性，因此不能看作本罪中的生产行为。笔者认为，对于养殖和种植行为不能孤立地看，一方面，养殖和种植过程中的产品虽然离人们可食用的程度还有距离，但是到达可供人食用的程度只是时间问题；另一方面，食品到达人

---

〔1〕 孙建保：“生产、销售有毒、有害食品罪司法认定解析”，载《政治与法律》2012年第2期。

们的餐桌之前是一个漫长的过程，是从初级生产、生产、成熟、加工、流通到最终消费的全部过程。这个过程是一个整体，如果添加的有毒、有害物质存留在最后的食品中，那么，在养殖和种植过程中添加有毒、有害物质的行为就应该被定性为生产有毒、有害食品罪。[1]

但还需要注意一点，如果在初级农产品中发现有超标的农药残留，这时就不应该一律定性为生产有毒、有害食品。虽然农民在使用农药的过程中，明知农药是有毒、有害的物质，但是在农作物或者蔬菜生长过程中，农药的用量和标准并不是十分精确，农民可能会根据农作物生长的不同情况来确定用药的剂量，农药的分解也会根据温度、湿度等条件的不同而发生变化，这种情况不是人所能控制的。对这种行为应该以行政的手段予以规制，这也符合刑法谦抑的特点。但是，农药及兽药的种类，应当以国家允许使用的范围为标准，不得违反国家的禁止性规定。比如，在蔬菜的生产过程中使用敌敌畏，这种行为一经发现，就应当以生产有毒、有害食品罪论。

（2）销售行为可分为两种情况：自己生产，自己销售；别人生产，自己销售。第一种情况往往是在生产过程中就添加了有毒、有害食品，此时犯罪已经既遂，销售行为只是刑法规定的构成要件，此时必然成立生产、销售有毒、有害食品罪。所以这里着重讨论第二种情况。

刑法在本罪的第二种行为方式中规定了销售明知掺有有毒、有害非食品原料的食品的情形。这里有两个问题需要注意：一是，将掺有了有毒、有害非食品原料的食品赠送给第三人是否属于“销售”？从概念上来看，“赠送”是指无偿地将财物给予他人，“赠送”不同于“销售”的区别在于对方行为人是否需要支付对价，行为人是否能够基于该行为获得经济利益。如果行为人明知某种食品掺入了有毒、有害物质，而将该食品免费赠送给第三人，因为这种行为无法给行为人带来直接的经济利益，因而行为人主观上必定不具有牟利性，这时，结合行为人的主观心理态度判断有可能涉及投放危险物质罪，而不能定本罪。如果行为人是为了获取一些间接利益而将上述食品赠送给第三人，则应属于本罪的“销售”行为。如某商家为了带动某种合格产品的销售而将掺入了有毒、有害非食品原料的食品作为附赠品赠送给购买者，这种情况下，赠送行为的目的是为了促成其他产品的销售，以获得间接的经济利益，因此，这一行为属于“销售”，符合本罪的第二种情形。二是，在销售的合格产品中添加有毒、有害非食品原料的行为应如何定性？在三鹿奶粉案中，假设耿金平、耿金珠等人收

---

〔1〕 宋元庆：《生产、销售有毒、有害食品罪研究》，郑州大学2010年硕士学位论文。

购的都是质量安全达标的牛奶，只是在收购来的牛奶中添加了“蛋白粉”来进行销售，这种情形就不属于销售明知掺有有毒、有害非食品原料的食品，但是如前文所述，行为人在合格的食品内添加有毒、有害的非食品原料，其本质仍然属于“生产”行为，此时虽然不符合第二种销售情形，但符合本罪的第一种情形，即在生产、销售的食品中掺入有毒、有害非食品原料的情形，应定为本罪。

（三）本罪因果关系的认定

1. 本罪中危害结果的理解

所谓结果，是指由于原因的作用而产生的事物或现象。它是指已发生的事物或现象，而不是指可能发生的事物或现象。因此，刑法上行为的危害结果是指对客体已经造成的损害，而不是指可能造成但实际尚未发生的结果。主体对客体的侵害也是一个过程。由于我国刑法对故意犯罪的预备行为和未遂行为原则上都认为是犯罪，因此，除少数在刑法分则中有明文规定者外，对大多数故意犯罪来说，危害结果并不是犯罪构成的必要因素，也就是说，无论行为是否造成了危害结果，都不影响犯罪的成立。但是对过失犯罪来说，危害结果是犯罪构成的必要因素，只有当过失行为造成法定犯罪构成所要求的危害结果的时候，才能构成犯罪。

根据《刑法》第144条的规定以及最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》第20条的规定，本罪系行为犯，原则上只要行为人实施了在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为，即可构成犯罪既遂，至于行为是否造成了严重危害结果并不影响本罪的成立。具体来说，本罪的犯罪构成包含三种结果情形：①没有出现危害结果。即只要行为人在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，就构成犯罪的既遂，予以刑事处罚。立法之所以在危害结果尚未出现的时候就对行为人予以处罚，源于这类行为的危险性比其他犯罪行为来说要大得多，其侵害的法益之一是不特定多数人的身体健康和生命安全，一旦危害结果出现，往往会给社会带来巨大损害。②严重危害结果。行为人实施上述行为对人体健康造成严重危害的，根据“两高”解释，造成轻伤、重伤或者其他严重后果的，应认定为“对人体健康造成严重危害”。③特别加重的危害结果。行为人实施上述行为致人死亡的，根据“两高”解释，致人死亡、严重残疾、3人以上重伤、10人以上轻伤或者其他特别严重后果的，应认定为后果特别严重或者对人体健康造成特别严重危害。

2. 本罪因果关系的认定

因果关系具有客观性，具体表现为前一种现象引起或产生后一种现象，这种过程是不以人的意志为转移的客观现象。因果关系的客观性，要求人们在分析犯罪行为的因果关系时，必须真实客观的反映事物之间的联系，从行为本身的实际性质、行为的具体条件以及对危害结果的发生所起的作用进行全面的分析。对于本罪的基本犯而言，司法机关不需要对危害行为与危害结果的因果关系作出专门判断，即可认定为犯罪。但是，如果行为人的危害行为对人体健康造成严重危害或者致人死亡的，就要认定危害行为与危害结果间的因果关系，以确定对行为人的刑罚。

在司法实践中，对于小规模生产、销售有毒、有害食品的犯罪活动，危害结果是由哪个危害行为所造成的易于查清，因果关系问题并不复杂。但是对于犯罪人数众多，涉及产、购、销等多个环节，造成众多被害人伤害、死亡等后果的情况，难以证明严重伤害或者死亡的结果是哪个具体行为人造成的，这时在因果关系的认定上就存在很大困难。如果对行为人全部按基本犯处罚，明显放纵了犯罪分子，不能维护被害人的合法权益，也不利于捍卫法律的权威，"三鹿事件"中对管理人员以生产、销售伪劣产品罪的定性就反映了对因果关系证明的困难。[1] 因此，我们有必要在这样的犯罪行为认定过程中引入"疫学的因果关系"。

疫学，即传染病学或流行病学，研究传染病的产生、传播等，影响传染病产生的、传播的各种自然因素、社会因素，以及传染病的传播对社会的危害；在上述研究的基础上研究抑制、防止传染病的蔓延，消除传染病对社会的危害的科学就是疫学。疫学方法论认定因果关系成立时，仅证实该原因很有可能引起该结果发生即可，即使因果联系过程无法做到科学的验证亦不影响因果关系成立。[2] 针对食品安全犯罪案件中食品安全犯罪行为与危害结果之间存在因果联系的可能性非常大，符合统计规律，但是根据现有的科学技术手段尚无法肯定这种因果关系联系的存在的特点，可以考虑应特别立法引入疫学因果关系理论用于解决食品安全犯罪案件中因果关系的认定问题。[3]

由于疫学因果关系在本质上是一种推定的因果关系，所以，如果在食品安全犯罪因果关系的认定中引入疫学方法论，那么食品安全犯罪因果关系的证明

---

〔1〕 陈京春："刑事诉讼视野下的生产、销售有毒、有害食品罪"，载《河南财经政法大学学报》2012 年第 2 期。

〔2〕 杨素娟："论环境侵权诉讼中的因果关系推定"，载《法学评论》2003 年第 4 期。

〔3〕 臧冬斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社 2013 年版，第 93 页。

方法必将不同于传统因果关系理论下因果关系的证明方法。传统因果关系理论下，应由起诉方证明被告人的危害行为与危害结果的发生之间存在刑法意义上的因果关系，被告人并不承担举证责任。但是在用疫学方法论证明因果关系存在的情况下，因果关系在事实上是否一定存在是不能肯定的，其实质是一种推定。在这种情况下，传统的因果关系证明方法与疫学方法论必然是矛盾的，因为传统的因果关系证明方法要求公诉机关应当证明因果关系的必然存在。因此，疫学方法论的采用就要求在因果关系的证明方法上采用有别于传统的因果关系证明方法的新的因果关系证明方法。也就是说，在因果关系推定的情况下，起诉方只要掌握了足够的情节证据，并运用疫学方法论得出行为人的危害行为造成了危害结果的发生的结论，就应由被告人举证证明其行为没有造成该危害结果的发生，或者证明另有其他人的危害行为造成了该危害结果的发生，如果被告人提不出上述证据，则可以认定被告人的行为是该危害结果发生的原因。[1]

具体到本罪中来看，控方如果无法提出严格的科学证明，但只要掌握足够多的情节证据，依据下列事实就可以得出行为人的危害行为造成了危害结果发生的结论：一是，大量人群出现疾患，都存在着一个共同的原因，即都食用过某种食品；二是，食用该食品越多，患者的症状越明显，而患者停止食用该食品后病情有所好转；三是，食用该食品导致众人出现疾患的原因与疫学观察记载的流行特征并不矛盾，与生物学也不矛盾；四是，人们食用其他食物罹患该病的几率极小；五是，未食用该食品的人们罹患该病的可能性明显低于食用过该食品的人罹患该病的可能性。

二、本罪主观方面的认定

（一）有关本罪主观方面之争议

关于本罪的主观方面目前我国刑法学界和司法实践中都有争议，主要有以下三种观点：

第一种观点认为，本罪的犯罪主观方面不能包括过失，而且只能是间接故意。因为直接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度；间接故意则是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的主观心理态度。就本罪而言，首先，行为人对实施在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的这一行为会侵害国家对食品卫生的监督

[1] 臧冬斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社2013年版，第96页。

管理秩序和不特定的多数人的生命和健康这一点，行为人是明知的。行为人在对待这一危害后果的态度上是放任的，所以本罪主观方面应是间接故意。其次，对于本罪如果其犯罪主观方面包含直接故意的话，那么本罪侵犯的必然是不特定的多数人的生命健康安全，因此就没有必要按生产、销售有毒、有害食品罪来定罪，而完全可以按照投放危险物质罪或以其他危险方法危害公共安全罪来处理即可。同时，其还认为如果行为人主观上是出于过失，则不构成本罪。[1]

第二种观点认为，根据《刑法》第144条规定，本罪的犯罪主体可以区分为两类人：第一种是生产者（同时也是销售者），另一种是销售者（区别于前者）。对于生产者来说，其犯罪主观方面，间接故意和过失都可以构成，而对于销售者来说，其主观心态只能是间接故意。对于本罪的主观方面其认为不能包括直接故意，同样是由于本罪的实施主体一般是以非法营利为目的，而并非是以危害他人生命健康安全为目的。如果行为人在食品中掺入有毒、有害的物质是为了追求各种危害后果的发生，则不属于本罪的范围，而有可能构成的是投放危险物质罪或以其他危险方法危害公共安全罪。同时通过分析《刑法》第144条，我们可以发现，在法律条文中只规定了销售者在销售时要明知掺有有毒、有害的非食品原料，而对于生产者是没有明确规定明知的，所以其认为对于生产者的主观心理态度除了间接故意外，还应该包括过失。

第三种观点为当前学术界的通说，该通说认为，对于本罪的犯罪主观方面是故意，不包括过失。对于故意除了间接故意外，也可以包括直接故意。理由有如下几点：一是，本罪的主观心理态度可以包括直接故意。因为如果是直接故意的话，那么实施该危害行为是可以按照生产、销售有毒、有害食品罪与投放危险物质罪或是以其他危险方法危害公共安全罪的想象竞合犯来处理。二是，本罪的主观方面不能包括过失。因为《刑法》第15条第2款规定，对于过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。而结合《刑法》第144条规定，法律条文中并没有明确说明过失可以构成本罪的犯罪主观方面，同时通过分析《刑法》第144条规定，虽然对于生产者部分没有明确要求明知，但二者前后两部分用的是“或者”连接，说明二者是并列关系。所以，对于生产者的主观心理也应该是明知的，既然是明知的，其就属于故意的范畴，所以其也是不可能包含过失的。

以上三种观点，笔者较为认同第三种观点。除上述原因以外，笔者还想强调一点，根据《刑法》第144条规定，销售者对于掺有有毒、有害的非食品原料的食品销售应具备“明知”这一要素，而对于生产者来说，法条并没有具体

---

〔1〕 熊选国：《生产、销售伪劣商品罪》，中国人民公安大学出版社2003年版，第133页。

规定其对自己生产、销售的食品中掺入有毒、有害非食品原料这一行为是否需要"明知"。那么，这是否意味着我们对于本罪在"明知"的认定上应区分生产者和销售者，即认为销售者必须要具备"明知"，而生产者是不需要具备"明知"的。关于这个问题的解决，笔者首先想明确一个问题，那就是：根据"明知"在刑法典中规定的位置不同，可以分为刑法总则的"明知"和刑法分则的"明知"。刑法总则的"明知"，是指规定于刑法总则位置的明知，即《刑法》第14条第1款关于故意犯罪内容的规定。刑法分则的"明知"，是指规定于刑法分则位置的明知，即《刑法》第144、145、191、219条等。关于二者的关系是：刑法总则中"明知"的内容，是故意犯罪中主观认识要素的主要内容，是犯罪故意的一般构成要素，范围比较宽广，包括认识行为、行为对象、危害结果、行为与结果之间的因果联系等。而且由于刑法总则中的"明知"是行为人对自己的行为内容、行为性质等方面的认知，其含义自然是"知道"，不可能是可能知道，更不可能是不知道。刑法分则的"明知"由于规定在具体的犯罪中，因而该特定犯罪的特殊要素就成了刑法分则的"明知"的内容，范围十分具体明确。因此，刑法分则的"明知"通常是判断成立刑法总则的"明知"的基础和成立条件，分则中的"明知"是总则中的"明知"成立的前提。[1] 明确了这个问题之后，我们来看本罪中的生产者是否也需要具备"明知"。

在实践中，构成本罪的生产者显然比销售者更加懂得哪些是有毒、有害的非食品原料，销售者通常是被动地接受生产者加工出来的食品，其自身并不参与食品的制作过程，且多数销售者都缺乏专业的知识而无法辨别出哪些是有毒、有害的非食品原料。如果在其并不知情的情况下销售了掺有有毒、有害非食品原料的食品，那么就不应认定为本罪，所以刑法条文在这里规定的"明知"其实是一种强调性的表述。同时根据责任主义归责原则，没有主观过错是不能定罪的。所以，假如销售者对于自己销售的食品中被掺入了有毒、有害的非食品原料是不知道的，即缺乏"明知"的认识，其主观上就不存在主观过错，这时对其进行刑事处罚显然违背了责任主义归责的刑法基本原则。而至于生产者生产、加工某种食品，往往需要某种资格，其对食品的专业知识也更加了解，所以生产者对自己在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，肯定是"明知"的。因此，刑法条文在这里就没有必要再一次强调"明知"了，所以在笔者看来，构成本罪的无论是生产者还是销售者都要求具备"明知"这一要素。

---

〔1〕 舒洪水："生产、销售有毒、有害食品罪中'明知'的认定"，载《法学》2013年第8期。

（二）本罪主观方面的认定

1. 司法实践中“明知”认定难的问题

在现代刑法理论中，过错责任是处理犯罪的基本准则，尤其是大陆法系国家，排斥严格责任的适用，强调“无罪过则无犯罪”的概念。“明知”要素作为犯罪主观罪过的重要表现形式，在现代刑法理论中有着至关重要的意义，是反对客观归罪、实行过错责任原则的重要成果。但是如何认定行为人是否存在主观上的“明知”，却是认定本罪是否成立的一个难点问题。

“明知”作为一种主观心理态度，只有犯罪行为人自己知道，同时根据主客观相一致的犯罪归责原则，行为人的主观心理态度还必须是其在实施犯罪行为时所持的心理态度。因此，作为非实行犯罪行为的其他人来说，我们要想知道犯罪行为人的主观心理态度只能通过能够表明犯罪行为人主观心理态度的相关证据来证明。但是在现实的司法实践中，我们往往会有这样的困惑：一方面，由于我国刑事诉讼采用的是谁主张谁举证的举证责任分配原则，因此我们不能强迫被告证明自己有罪；另一方面，现代刑法遵循疑罪从无的原则，既然公诉方无法举证被告人有罪，那么我们也只能按照疑罪从无做出有利于被告人的判决。因此，公诉方在控诉被告人犯有生产、销售有毒、有害食品罪的时候，必然要举证犯罪人对生产、销售有毒、有害食品的行为是存在“明知”的。而在刑事司法实践的活动过程中，这一认定却存在着困难，具体表现在以下几个方面：

第一，“明知”作为一种看不见、摸不着的认知状态和主观心理活动，在现实世界中很难通过外界的仪器去模拟其发生的过程，所以其很难被证明，是一种让人难以捉摸的东西。在刑事诉讼证据中，能作为认定犯罪行为人“明知”的犯罪证据载体基本上就集中在直接记录或是表明犯罪行为人主观心理的视听资料、书证，以及作为言词证据的犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解上。显然，直接记录或者视听资料和书证这两种证据，在现实刑事司法实践活动过程中是少之又少的。而作为能够表明行为人当时主观心理态度的犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解，从性质上来说属于口供，根据刑事诉讼法的规定，法院在审判的过程中不能仅凭口供来定罪。因为刑事司法审判必须要做到事实清楚、证据确实充分，而仅根据口供来判案是不可能做到事实清楚、证据确实充分的。同时，对于司法机关获得的口供，在司法审判实践的活动过程中很容易被被告人以刑讯逼供为由进行翻供，更不用说刑讯逼供失灵无法获取口供的情况。此外，通过客观方面来进行推断也往往是不切实际的，心理活动所外化的客观行为必须是在犯罪行为进行过程中所实行的，因此，只有当时存留的证据才能佐证当时的行为来反映当时的心理活动。但是，不仅犯罪过程中能够证明“明知”的

证据容易灭失，而且现实中搜集的证据多数也不是从犯罪现场直接获取的，而往往是距离犯罪现场久远的行为事实以及痕迹。[1]

第二，对于“明知”这一主观犯罪心理活动，必须是行为人实施危害行为时所持的，我们通过事后取得的相关证据去反推证明行为人当时的主观心理活动，其或多或少会存在一点误差，因为行为人当时的主观心理态度可能还会受到其他一些因素的影响，所以单凭这一点，我们很难做到在定罪上事实清楚、证据确实充分。根据2013年国家工商总局统计显示，2010年全国查处涉及食品安全违法的案件约7.69万件，2011年约6.2万件，2012年约11.1万件。但是根据最高人民检察院统计，2011年全国各级检察机关共依法批捕危害食品安全的犯罪嫌疑人仅1801人，提起公诉仅1254人，[2] 2012年移送司法机关的食品安全犯罪案件仅406件。[3] 从上面统计公布的数据来看，司法实践中对生产、销售有毒、有害食品罪这一罪名的认定存在着很大的困难，尽管《刑法修正案(八)》对生产、销售有毒、有害食品罪进行了修改，将“造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害”修改为“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”，将“致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害”修改为“致人死亡或者有其他特别严重情节”，这些修改在一定程度上对生产、销售有毒、有害食品罪的主观认定方面做出了改善，但是对于本罪的“明知”的认定来说，目前仍然是一个难点问题。

2. 本罪中“明知”的认定只能是推定

由于“明知”在实践中难以认定，我国刑法学界对这一问题一直也存在着争议，归纳说来有两种不同的观点。“确定说”认为：明知就是确知，就是对将来要发生的事实及其危害性的明白知晓。“可能说”认为：明知当然包括确知，但不限于确知，还包括一定条件下的“应知”，即根据行为人的主观认识能力和行为时的客观情况而合理推断出行为人当时应当知道，也就是所谓的“推定的明知”。[4]

笔者认为，对于本罪的“明知”应当包括“推定的明知”，且只能是“推定的明知”。理由如下：

首先，在目前我国食品安全处于非常严峻的形势下，对于那些实施了犯罪

---

[1] 刘远熙：“论推定对犯罪主观方面‘明知’的证明意义”，载《广东社会科学》2011年第3期。

[2] 徐日丹：“2011年全国检察机关严厉打击危害食品安全犯罪”，载 http://www.jike.com/shipin/news/detail/eid_13544780704852958795.html，访问日期：2014年3月6日。

[3] “2012年中国工商系统查处违反食品安全标准案件11.1万件”，载 http://info.china.alibaba.com/detail/1091482781.html，访问日期：2014年3月6日。

[4] 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第110页。

行为，构成了生产、销售有毒、有害食品罪的行为人而言，当没有直接的相关证据能够证明行为人明知自己的生产行为或是销售行为符合本罪的犯罪行为构成要件的时候，如果按照刑事诉讼法中的疑罪从无原则，则那些实施了犯罪行为的人就得不到其应当受到的刑事处罚，这样无疑会加剧我国当前已经非常严峻的食品安全形势。而如果我们适用“推定的明知”，除非被告人自己能够找出相关的证据证明自己是确实的不知，我们才不对其进行刑事处罚。易言之，我们在司法实践中，判断生产者、销售者是否“明知”，不应仅凭口供，应根据主客观相统一的原则，根据主客观条件进行综合衡量，既要考虑行为人自身的认识能力，又要考虑案件当时的具体情况，并参考社会一般人在当时能否认识等因素，对行为人的心理状态进行综合分析判断，这就是“推定的明知”，这样我们就能够使那些违法犯罪分子无法规避最严厉的刑事处罚。同时，在这里需要强调的是：这里采用的“推定的明知”不能够等同于英美法系中的严格责任，也不是采用“客观归罪”的原则，而仍然需要证明其存在着过错责任，这也与现代刑法理念中过错责任原则相符合。

其次，采用“推定的明知”有助于减轻我国公诉机关的举证责任，相对来说，也解决了本文前面提出的本罪“明知”认定难的问题。如果我们采用“确定的明知”，在司法实践中，能够证明行为人在实施犯罪行为时“明知”的主观心理态度的相关直接证据是少之又少。如果行为人在法庭上一口咬定自己是不知的，那么可想而知，公诉机关将会处于多么被动的境地。而如果采用的是“推定的明知”，这就相当于是举证责任的倒置，让行为人自己去举证自己当时确实是不知的，如果行为人拿不出相关证据，即承担不利于其自身的后果，这无疑有助于解决本罪的“明知”认定难的问题。

最后，在司法实践中，对于采用“推定的明知”已经得到了最高司法机关的肯定。如2001年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条，在解释生产、销售不符合标准的医用器材罪时指出：“医疗机构或者个人，知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用，对人体健康造成严重危害的，以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。”这一规定明确了行为人主观上无论是“知道”或者是“应当知道”都符合该罪的主观要件，而生产、销售不符合标准的医用器材罪与生产、销售有毒、有害食品罪的罪状结构基本一致。因此，“明知”既应包括行为人确切地知道，也应包括行为人应当知道，且本罪中的“明知”只能采用推定的方法。

3. 本罪中“明知”的认定标准

在具体司法实践中，如果没有相关法律的明确规定，我们应该从哪些方面

来判断行为人具有犯罪故意方面的“明知”呢？笔者认为，可以重点从以下几方面来考察：①行为人是否具有认定某种特殊食品的专业知识储备。如果对于行为人加工销售的某种特殊食品原料一般人不知道，而行为人同样也不具备鉴别该特殊食品原料的专业知识，但行为人加工销售了该种特殊的非食品原料，那么可以认定为其是具有明知的。②双方成交的价格。如果行为人在明显低于市场交易价格的情况下获取了某种非食品原料，而对其进行加工或者销售，那么可以认定其是具有明知的。③进货的渠道。如果销售者或是生产者获取的非食品原料不是经过正规渠道获取的，而是通过特殊的进货渠道获取的，也可以推定行为人是明知的。④买卖、交接食品的方式以及时间地点。如果动用非正常的方式、方法进行交易，行为人就可能明知是有毒、有害食品而予以销售。⑤是否在有关部门禁止或发出安全预警的情况下继续生产、销售。如果在发生危害结果后有关部门已经予以禁止或者发出安全预警，行为人仍然继续生产、销售，则可以认定行为人的明知。如在三鹿奶粉案件中，三鹿集团在已经得知已有婴儿食用三鹿奶粉出现肾结石的情况下仍然决定继续生产、销售，对于其后的生产、销售行为都可认定为明知。⑥根据行为人的年龄、经历、学识、职业、职务、职责、素质等方面，判断其是否明知。当然，在认定行为人对生产、销售有毒、有害食品行为是否明知时，应当综合上述几种因素进行考虑，而不是割开它们的内在联系。只有通过正确认定生产者、销售者的主观心态，判断其生产、销售有毒、有害食品行为是否“明知”，才能正确认定其行为性质，做到既不放纵犯罪分子，也不殃及确实不“明知”的行为人。

三、本罪与其他犯罪的界限

就《刑法》第144条的规定来看，对于生产、销售有毒、有害食品罪而言，从字面意思来看，只要生产或者销售了有毒、有害的食品，犯罪就成立了，但其实并不尽然。笔者认为，本罪实行行为如若适用刑法的规定，应当注意以下几点：①是否违反有关食品安全法规。是否违反《食品安全法》、《产品质量法》和《保健食品管理办法》等行政法规、规章的规定是构成本罪的前提。②对生产者而言，应把握行为人在主观上是否明知其在食品中掺入的是有毒、有害的非食品原料，在客观上是否实施了掺入有毒、有害的非食品原料的行为。③对销售者而言，应把握销售者主观上是否明知是有毒、有害的非食品原料，客观上实施了有毒、有害的非食品原料掺入到食品中的行为；或者销售者明知其将要销售的食品中掺入了有毒、有害的非食品原料，而仍实施了销售行为。④即使掺入的是有毒、有害的非食品原料，但数量较少、毒害性极小，因而属于情节显著轻微危害不大的，也不宜以犯罪论处。

1. 本罪与生产、销售不符合安全标准的食品罪的界限

生产、销售不符合安全标准的食品罪是指违反国家食品安全管理法规，生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，危害人体健康的行为。本罪与生产、销售不符合安全标准的食品罪的区别如下：

（1）犯罪对象不同。本罪的犯罪对象是有毒、有害的食品，而生产、销售不符合安全标准的食品罪的犯罪对象是不符合食品安全标准的食品，后者的犯罪对象较为广泛。不符合安全标准的食品一般包括：腐败变质、油脂酸败、霉变、污秽不洁或者混有异物等食品；病死、毒死或者死因不明的禽、兽、水产及其制品等；掺假、掺杂、伪造，影响营养卫生的食品；容器包装污垢不洁、严重破损或者运输工具不洁造成污染的食品；超过保质期的食品；含有未经国务院卫生行政部门批准使用的添加剂、农药等的食品。〔1〕

（2）客观方面不同。本罪在客观方面的表现是生产者、销售者在其生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的行为，或者销售明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品。“掺入”行为和“销售”行为都表现为积极地作为形式，食品的毒害性源自行为人故意添加的非食品原料的毒害性；而生产、销售不符合安全标准的食品罪在客观方面表现为生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重的食物中毒或者其他严重食源性疾病的行为。食品不符合安全标准是由食品受污染、变质、农药残留超标、行为人擅自使用未经国务院卫生行政部门批准使用的添加剂或未尽法定卫生检验义务等原因造成。虽然食品也可能有毒、有害，但其毒害性源自食品原料本身或者食品因受污染而腐败变质，并非行为人积极掺入的结果。

（3）犯罪成立条件不同。本罪是行为犯，行为人只要在生产、销售的食品中实施了掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为就构成此罪；而生产、销售不符合安全标准的食品罪是危险犯，只有足以造成严重的食物中毒或者其他严重食源性疾病的行为才构成此罪。另外，本罪不论是否足以严重危害人体健康均可构成，后者必须是足以严重危害人体健康，才能构成犯罪。〔2〕

2. 本罪与投放危险物质罪的界限

投放危险物质罪，是指故意投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。本罪与投放危险物质罪主观上都出于故意，在客观手段

〔1〕参见《食品安全法》第28条。

〔2〕陈忠林主编：《刑法分论》，中国人民大学出版社2003年版，第71页。

上都危害不特定多数人的生命健康和财产安全。二者区别主要有以下几点：

（1）主体范围不同。本罪的主体是达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人或者单位，而投放危险物质罪的主体只能是自然人，单位不能成为本罪的犯罪主体。对于自然人主体，承担本罪刑事责任年龄要求是年满16周岁，投放危险物质罪，要求年满14周岁。

（2）犯罪目的和动机不同。本罪的行为人是为了牟取不法经济利益实施犯罪；投放危险物质罪行为人目的和动机多种多样，或出于泄私愤或为了嫁祸于人或为了杀人灭口等。如果食品生产者、销售者故意往自己生产、销售的食品中掺入有毒的非食品原料时，此时就涉及故意投放危险物质的问题。此种情况，笔者认为，如果行为人是为了使自己生产、销售的食品味道更鲜美或便于长期存放，获取更多的经济利益，则属于法条竞合问题，应当按择一重罪处罚的原则，以生产、销售有毒食品罪定罪判刑；如果行为人是基于毒害他人、报复社会、嫁祸于人等个人目的，故意向销售的食品中投放毒物，则应当直接以投放危险物质罪定罪处罚。

（3）犯罪时空领域不同。本罪一般发生在食品生产、销售的经营活动领域中；而投放危险物质罪的发生一般不受时间和地点的限制。此外，本罪是行为犯，行为人只要在生产、销售的食品中实施了掺入有毒、有害的非食品原料或者销售了明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为就可能构成本罪；投放危险物质罪一般认为是危险犯，行为人实施投放各种有毒或有害物质的行为，足以危害不特定多数人的生命、健康和财产安全的，构成投放危险物质罪。[1]

四、本罪刑法与行政法规制功能的衔接

关于本罪，《刑法》第144条规定："在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处5年以下有期徒刑，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，依照本法第141条的规定处罚。"即"处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产"。根据法条表述，我们知道本罪是行为犯，行为犯的既遂不要求危害结果的发生，只要求行为人的实行行为实施完毕即可。而本罪的实行行为也涉及《食品安全法》的相关规定，按照《食品安全法》第84条至86条的规定，食品生产经营者不能使用"非食品原料"生产食品，也不

〔1〕 赵慧丽：《生产、销售有毒、有害食品罪的司法认定》，西南政法大学2011年硕士学位论文。

能在食品中添加除食品添加剂以外的化学物质，或者添加其他可能危害人体健康的物质，或者使用回收食品作为原料生产食品。因此，对于本罪的实行行为，笔者想对《刑法》与《食品安全法》对此的不同规定在适用上进行区分。

根据《食品安全法》第85条的规定，食品生产经营中的非法添加行为主要表现为食品生产流通环节的非法添加行为。其表现形式为：①在食品生产经营中使用“非食品原料”，如在火锅底料中添加罂粟壳等非食品原料；②在食品中添加不属于食品添加剂的化学物质，如以吊白块（次硫酸氢钠甲醛）对腐竹、竹笋、银耳等进行漂白；③添加其他对人体健康有危害的物质，如用硫化碱去除传统味精生产中较高含量的铁，以提高味精的感官指标；④使用回收食品作为原料生产食品，如回收废弃食用油重新生产食用油脂等。[1]

如果行为人实行了上述行为，应适用《食品安全法》的规定进行行政处罚，即“由有关主管部门按照各自职责分工，没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品货值金额不足1万元的，并处2000元以上5万元以下罚款；货值金额1万元以上的，并处货值金额5倍以上10倍以下罚款；情节严重的，吊销许可证”。

食品安全是一个“从农田到餐桌”的涉及面广、涉及点多的全方位体系，食品安全犯罪既是经济犯，又是行政犯，在规制食品安全犯罪方面存在着《食品安全法》与《刑法》的由违法到犯罪的法律衔接。但在司法实践中却存在着食品安全刑法规制与食品安全行政法规脱节失调的情形，有鉴于此，笔者想从以下两个方面来论述本罪刑法与行政法规制功能的衔接。

1. 从调整范围来看二者间的衔接

（1）从调整先后顺序来看，对于如何才能够做好二者的衔接，学界是有着不同的观点之争的。归纳来说有以下两种观点：第一种观点认为，对于二者的顺序必须坚持先刑法后行政法的原则，其理由是：现在我国的食品生产领域门槛准入比较低，制假贩假的现象比较猖獗，如果都让行政执法机关去管理，无疑使行政执法机关压力较大，同时一些地方机关往往会考虑到自身的利益，出现以行政处罚代替刑事处罚的轻微处罚现象，所以必须要坚持刑事处罚优先。第二种观点认为，对于二者的顺序应坚持先行政处罚再刑事处罚的原则。理由是：从具体司法实践的操作层面上来看，行政机关对符合行政违法的食品安全行为先进行行政处罚，然后行政机关的执法主体根据自己的判断认为该行为同时也符合刑事处罚标准构成犯罪的，就应当及时将《行政处罚决定书》的副本

---

[1] 冉翚：《食品安全刑事规制研究》，法律出版社2013年版，第120～121页。

抄送同级公安机关、人民检察院，并制作《涉嫌犯罪案件移送书》，及时将案件向同级公安机关移送，向人民检察院抄送。对于在这期间行政处罚机关作出的具体行政处罚措施应当是不停止执行的。

对于以上两种观点，笔者赞成第二种观点。即坚持对于食品安全领域的违法行为应先由行政机关对其处罚，然后行政机关再根据是否构成刑事处罚标准来决定是否要将该案件移送到有权立案侦查的司法机关。就本罪而言，如生产者或销售者的不法行为被行政机关查处或群众举报，应先由行政机关对其进行处罚，然后行政机关再根据是否达到刑事处罚标准来决定是否要将该案件移送到有权立案侦查的司法机关。

在这里，笔者必须要强调一点：那就是根据最高人民检察院2006年颁布的《关于在行政执法中及时移送涉嫌犯罪案件的规定》明确规定，人民检察院接到群众举报或是社会媒体反映行政执法机关不移送涉嫌犯罪的案件的，在确认基本情况属实后，可以要求行政执法机关提供有关案件材料或向行政执法机关查询案件情况或派员查询有关案卷材料。确属应当移送而不移送的，人民检察院应当向执法机关提出检察建议，建议其按照管辖规定向公安机关移送涉嫌犯罪的案件。行政执法机关仍然不移送涉嫌犯罪案件的，人民检察院应当通知公安机关立案侦查。公安机关应当立案侦查。发现有涉嫌徇私舞弊不移交刑事案件罪的，应当及时立案侦查。

（2）从法律适用来看，当前学界存在有三种观点：第一种观点认为：二者只能选择其中一个，不能一起适用。对于这种观点，笔者认为其有很大的局限性，这种形式与现如今的司法形式不相适应，当今社会食品安全领域的违法现象越来越多，如果二者只能选择其一的话，势必无法有效的遏制现如今的食品安全违法形势，完全不利于保障广大老百姓舌尖上的安全。第二种观点认为：二者可以附条件的并科，即当二者竞合时可以并科，但是在执行时，如果执法机关认为没有必要执行另外一种处罚时，可以免除执行。这种观点笔者认为也是不可行的，因为在我国，行政机关和司法机关是两个完全独立的执法主体，二者并不存在行政上的权属关系。不论是行政机关还是人民法院，在依照各自职权行使处罚权后，都没有法律上的依据去裁决应当或可以不再适用另一种处罚形式。第三种观点认为：二者是可以合并执行的。即认为既可以同时适用刑罚处罚，也可以同时适用行政处罚。

对于以上三种观点，笔者比较赞同第三种观点。这是因为食品违法犯罪行为兼具行政违法与刑事违法的双重违法性，因而也就决定了其责任和处罚的双重性。同时，两种处罚形式在具体内容上仍有不少的差异性，有些内容是彼此独有且独立的，并没有交叉涵盖的地方，如行政处罚中的责令停产停业，暂扣

或是吊销许可证与刑罚中的自由刑。就本罪而言，如果行政处罚机关在实施了行政处罚后发现该行为符合刑法及有关司法解释的规定，达到刑事追诉的标准时，这时候在把握二者的衔接中要注意以下两点：第一点就是类似的刑罚要相折抵。例如，在《行政处罚法》中规定：违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金的时候，如果行政机关给予了当事人罚款的行政处罚，就应当折抵罚金。不过同时要注意的是不能用罚款来代替罚金制裁犯罪。人民法院在判处罚金的时候，应当考虑犯罪人已受到罚款处罚这一事实，做到与犯罪事实及其情节相适应，以罚款折抵相应数额的罚金数额。第二点就是如果行政机关已经适用了能力罚和财产罚，这并不影响人民法院再对行为人处以自由刑的刑罚。[1]

2. 从现有处罚模式来看二者间的衔接

目前，我国的刑法典对于食品安全领域的犯罪规定处罚模式是单一的，这与行政处罚模式是存在脱节的，二者并没有做到很好的衔接。这种情况往往会造成以行政处罚代替刑事处罚的结果，既人为地加大了行政执法工作的压力，又无法充分发挥刑事处罚应有的功能。与此同时，诸如责令停产停业、暂扣或是吊销许可证等行政处罚措施在适用对象上又有差别（如仅仅适用于单位，不适用于自然人），使得在刑法的适用上存在立法障碍。所以，我国刑法典目前有必要丰富刑罚的种类，诸如增设资格刑、行为罚等来丰富刑罚的种类。资格刑具有特殊的作用，我国现行刑法中规定了剥夺政治权利和驱除出境两种资格刑。从国外的立法体例来看，资格刑主要有剥夺选举权与被选举权、公职权、亲权和职业权，如《德国刑法典》在其附加刑第44、45条分别规定了禁止驾驶及担任公职资格，剥夺被选举权及选举权等资格刑的内容。第69条第1款的规定禁止授予驾驶证，其吊销效力及于在国外取得的驾驶证。就本罪而言，我们也可以创新规定新的资格刑："禁止刑"，即由刑法明确规定对于生产、销售有毒、有害食品从而构成食品安全犯罪的犯罪人禁止参与食品行业的各个环节，使其丧失重新犯罪的条件。除此之外，我们也可以发挥附属刑法的补充作用。附属刑法一直发挥着对刑法典的补充作用，在行政法、经济法领域尤为突出，不仅应在《食品安全法》中规定刑事责任条款，还应在相应的食品安全等其他法律中加以规定和补充，这样能够更及时的打击食品安全犯罪，充分发挥刑法预防犯罪的功能。所以，这需要我们对刑法典中规定的生产、销售有毒、有害食品罪以及其他相关的食品安全领域的犯罪进行完善，以求达到刑事处罚与行政处罚二者之间的体系衔接。

---

〔1〕冉辈："论食品监管中行政处罚与刑罚处罚的衔接"，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2007年第4期。

第六节

生产、销售有毒、有害食品罪的认定

郭　研　李　根*

生产、销售有毒、有害食品罪实践中常见多发，危害极为严重。但由于该罪涉及主、客观的诸多因素（例如，什么是有毒、有害，行为人如何认识有毒、有害，司法人员如何认识有毒、有害，如何认识有毒、有害的结果，等等），在认定中存在一定困难，影响对生产、销售有毒、有害食品罪的有效打击，需要认真研究。

一、本罪客观方面的认定

（一）“食品”的认定

1. “食品”的定义

民以食为天，食品是和人们的生活极其密切相关的概念。关于“食品”的定义，有多种不同的版本。

第一，普通词义。《现代汉语词典》中的定义为：“商店出售的经过加工制作的食物。”[1] 食品的普通用语显然不能作为法律概念来使用，该定义属于生活用语的含义，范围太小。本罪中的“食品”不要求一定是商店中出售的，也不要求一定是经过加工制作的，自己制造有毒、有害食品而直接出售的情形和销售无需加工的原生态有毒、有害食

---

* 深圳市宝安区人民检察院检察官。

[1] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第1239页。

品的情形，也可能成立销售有毒、有害食品罪。

第二，专业术语。《食品工业基本术语》中的定义为："可供人类食用或饮用的物质，包括加工食品、半成品和未加工食品，不包括烟草或只作药品用的物质。"

第三，立法规定。2009年2月28日颁布的《食品安全法》第99条对其定义为："食品，指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。"这一概念基本上借鉴了《食品工业基本术语》的定义，强调食品必须是供人食用或者饮用的，并且将原料以及按照传统既是食品又是药品的物品也纳入到了食品范畴。

第四，理论定义。陈兴良教授对"食品"的定义是："食品，是指通过人体消化系统，可以被人体消化、吸收，能满足人体生理要求和营养需要的一切物品，既包括一般食物，也包括食物添加剂、调味品、色素、保鲜剂，还包括油脂和饮料等。"[1]

食品安全需要法律给予全方位的保护，这当然也离不开刑法的保障。刑法对法益的特殊保护方式决定了必须给予本罪中"食品"以刑法语义上的解读。刑法释义不能脱离词语的本义，所以食品仍限定于供人食用或者饮用的物品，那些以治疗为目的的物品等不能认定为食品，如果生产、销售此类物品的行为涉嫌犯罪的，可认定为生产、销售假药、劣药罪，而不能认定为本罪。同时，为了有力的打击假冒伪劣食品犯罪，这里的"供人食用或者饮用"并不是对物品性质的限定，而是依其外表形式而被社会一般观念认为是供人食用或者饮用的，如行为人将工业酒精勾兑成白酒出售，其性质并非是供人食用的，但是我们从外观上判断其是供人食用或者饮用的，这种情况也应认定为"食品"。并且，食品也不能做通常意义上的理解认为必须经过销售，只要是供人食用或者饮用的，即使没有经过销售渠道，也应作为刑法上的食品。

2. 食品添加剂不属于刑法上的食品范畴

"食品添加剂"是一类很特殊的物质，它是随着食品生产工艺的日益复杂化而出现的，在现代食品工业中具有重要的作用。"食品添加剂"，具体是指为改善食品品质和色、香、味以及为防腐、保鲜和加工工艺的需要而加入食品中的人工合成或者天然物质。在我们每天吃的主食和副食里，几乎都含有食品添加剂，尤其是副食品的加工生产更离不开食品添加剂的环节。例如，小麦粉中加入的面粉处理剂，油脂中加入的抗氧化剂，等等。为了更加严格地监督管理食

---

〔1〕 陈兴良：《罪名指南》（上册），中国政法大学出版社2000年版，第225页。

品添加剂在食品生产、销售过程中的使用，根据现行的《食品添加剂使用卫生标准》的规定，我国允许使用的食品添加剂共分22类，主要有：①为防止食品的污染，预防食品腐败变质的发生而添加的防腐剂、抗氧化剂；②为改善食品的外观性状而添加的着色剂等；③为改善食品的风味而添加的增味剂、香料等；④为满足食品加工工艺的需要，而采用的酶制剂、消泡剂和凝固剂等；⑤为增加食品的营养价值使用的营养强化剂；⑥其他，如为满足糖尿病患者而使用的无糖的甜味剂。[1] 食品添加剂按其来源可以分为天然的和化学合成的两类，化学合成的食品添加剂是指采用化学手段，使元素或化合物通过氧化、还原、缩合、聚合、成盐等合成反应而得到的物质。目前所使用的大多属于化学合成食品添加剂。[2] 我国对于食品添加剂实行严格的目录管理制度，必须严格执行。《食品添加剂使用卫生标准》中规定了食品添加剂的使用范围和使用限量，在该标准中没有提及的就是禁止作为食品添加剂使用的。[3] 应当看到“食品添加剂”的核心特征在于，它必须按照所规定的标准进行使用，只有在标准所规定的种类范围、用量范围、使用范围内，作为“食品添加剂”的物质才允许在食品中加入。任何与“食品添加剂”有关的问题探讨，都必须紧扣核心特征。

前文陈兴良教授的观点认为食品添加剂也属于“食品”，这种观点得到了部分学者的认可，[4] 但是笔者认为这一观点有待商榷。

首先，食品添加剂顾名思义是添加到食品中的一种物质，《食品安全法》第2条、第99条对“食品”和“食品添加剂”作出了严格的区分，其对“食品添加剂”的定义是：“食品添加剂，指为改善食品品质和色、香、味以及为防腐、保鲜和加工工艺的需要而加入食品中的人工合成或者天然物质”。[5] 我们可以看出，“食品添加剂”是与“食品”处于相同等级的概念，因此，食品添加剂被排除在食品的定义之外。食品添加剂本身不能作为食品食用，它只能与食品结合才能发挥自己的功效。食品添加剂的存在是以食品为基础的，其并不是食品的主要成分，而是食品的辅助物质，其本身通常不作为食品消费，不用作食品

---

〔1〕 全国人大常委会法制工作委员会编：《中华人民共和国食品安全法释义》，法律出版社2009年版，第250页。

〔2〕 罗桦：“如何认定在食品添加剂中掺入苏丹红一号的行为”，载《人民司法》2009年第6期。

〔3〕 罗桦：“如何认定在食品添加剂中掺入苏丹红一号的行为”，载《人民司法》2009年第6期。

〔4〕 该观点可见于王玉珏：“《刑法》第144条中‘有毒有害非食品原料’的合理定位——以近晚食品安全事件为例”，载《法学》2008年第11期；向本阳：“生产销售有毒有害食品罪若干问题探讨”，载《福建公安高等专科学校学报》2002年第4期等。

〔5〕 卫生部2011年4月20日发布的《食品安全国家标准——食品添加剂使用标准》（GB2760－2011）第21条则进一步规定：“营养强化剂、食品用香料、胶基糖果中基础剂物质、食品工业用加工助剂也包括在内。”

中常见的配料物质，无论其是否具有营养价值。

其次，如果将食品添加剂作为食品的话就认为其是供人食用或饮用的物质，而事实上我们并不会直接食用或者饮用食品添加剂，这显然不符合食品的本义，属于类推解释，是违背罪刑法定主义的。将食品添加剂解释为食品超出了一般国民的接受程度，有类推解释之嫌，而类推解释“剥夺了国民的预测行动后果的可能性，违反罪刑法定原则，特别是尊重人权原则的要求”。[1]

最后，不将食品添加剂作为食品并不会出现刑法规制上的漏洞。持该观点的论者认为：食品的概念不应限定在相关法律概念的范围内，而且将食品添加剂排除出食品的范围会导致处罚的漏洞。然而笔者认为，其一，本罪属于行政犯，“食品”定义的栖身之所《食品安全法》则属于行政法律范畴，而规范用语的含义在行政法律与刑事法律中应当保持一致。其二，即使在食品添加剂中添加有毒、有害的非食品原料，将该物质销售给其他生产者或者销售者，完全可以认定为生产、销售伪劣产品罪，或者根据共同犯罪原理认定为本罪的共犯，而不应该采取对食品做类推解释的方法将食品添加剂也纳入到食品的范畴中。并且如果将食品添加剂作为食品的话还会出现一个问题，那就是往食品中添加食品添加剂就成了往食品中添加食品的行为，这显然不符合生产、销售有毒、有害食品罪的构成要件，那么这一典型的生产、销售有毒、有害食品的行为又该如何定罪量刑呢？因此，食品添加剂不应作为食品理解。

（二）“非食品原料”的认定

非食品原料，是指食品工业用原料以外的工业原料。一般常见的非食品原料包括以下几大类：一是，一般工业原料。如硼砂、工业酒精、工业用食盐、工业染料苏丹红、色素胭脂红、瘦肉精、增加甜味的化学合成剂（甜蜜素）等等。这些工业原料根本不能食用，一旦食用会对人体机能造成严重损害，危及人体健康。二是，为防病等特殊需要不能作为食品的被禁止出售的食物。如河豚，几乎所有种类的河豚都含有河豚毒素，为了食用安全，不得随意销售。三是，食品添加剂。

对于“非食品原料”的认定，主要争议是食品添加剂属于食品原料还是非食品原料。学界对于“非食品原料”的认识主要有以下两种观点：一是，非食品原料与食品原料是相对的，在食品制造领域经常使用一些非食品原料，如食品添加剂、食品强化剂。[2] 二是，非食品原料是指卫生部发布的《食品添加剂使用卫生标准》所列的品种以外的工业原料，此概念认为食品添加剂属于食品

---

〔1〕［日］大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第56页。

〔2〕王作富主编：《刑法分则实务研究》（上册），中国方正出版社2006年版，第280页。

原料。[1] 在多数情况下，上述不同观点在处理案件时不会有差异，如三聚氰胺，无论采用上述哪种观点都可以得出三聚氰胺属“非食品原料”的结论。但对于某些物质，如食品添加剂是否属于“非食品原料”的定性上，两者则存在截然相反的认识。笔者赞同第一种观点，认为食品添加剂不属于食品原料，而属于非食品原料。

首先，笔者前文得出的结论是食品添加剂不属于“食品”，而按照《食品安全法》中对“食品”的定义，食品原料属于“食品”的范围，所以食品添加剂当然不属于食品原料。

其次，按照《食品安全法》对食品添加剂的定义，我们可以看出，食品添加剂本身并不具备食品原料可充饥、有营养的基本功效，而只是出于延长保质期，改善食品的感官性状以及保持或改善营养价值等“技术需要”才添加于食品原料之中的，所以，其当然应该属于非食品原料之列。

最后，卫生部、工业和信息化部、农业部、国家工商行政管理总局、国家质量监督检验检疫总局2011年4月6日发布的《关于三聚氰胺在食品中的限量值的公告（2011年第10号）》中有这样的表述：“三聚氰胺不是食品原料，也不是食品添加剂，禁止人为添加到食品中。对在食品中人为添加三聚氰胺的，依法追究法律责任。”从中我们可以看出，“食品添加剂”和“食品原料”是并列的两个概念，并不相同。

非食品原料不仅包括那些国家许可使用的、无毒、无害的食品添加剂，还包括那些被排除在许可使用的名单范围之外的、有毒或有害的添加剂，因而，非食品原料与食品添加剂之间是一种包容与被包容的关系，前者的范围大于后者。当然，非食品原料并不仅仅限于添加剂类，添加剂只是非食品原料中的常见形态而已，如前所述，食品原料范畴之外的任何物质都属于非食品原料。

还有一个特别问题需要注意，本罪中向食品中掺入的是“有毒、有害的非食品原料”，而如果是添加食品原料来制作食品，即使由于某种人为因素或者不可抗力的原因造成食品的污染、变质、发霉、发臭、有蛀虫的繁殖等情形，致使产生有害性和毒性，并且对人体机能造成损害，甚至对生命安全产生威胁的，也不应以本罪论处，符合《刑法》第143条生产、销售不符合安全标准的食品罪的，以该罪论处。有的学者认为在食品中掺入“有毒、有害的食品原料”的情形也应当以本罪论处，[2] 这种观点违背了罪刑法定原则的要求。

---

[1] 刘明祥主编：《假冒伪劣商品犯罪研究》，武汉大学出版社2000年版，第177页。

[2] 该观点见于李崧源、黄梅珍：“略论生产、销售有毒、有害食品罪的几个问题”，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2009年第S2期。

在实践中还有一种情况，就是向动植物中注入、涂抹激素以提升其色泽、重量、品质，如给猪注射“瘦肉精”，给水果涂抹“膨大剂”，那所注入的激素是否属于非食品原料的范畴呢？答案是肯定的。这些激素的特殊之处在于并非像一般的非食品原料一样，是在食品已经处于半成品或者成品阶段才掺入，其主要是在食用农产品生长阶段进行注射、涂抹等。笔者认为，食用农产品的种植、养殖环节实际上就是食品生产过程，而在这一阶段注射涂抹激素就等同于向食品中掺入有毒、有害非食品原料的行为。因为在其生长阶段注射、涂抹激素，这种激素能够直接附存在动植物体内，从而影响人体健康。司法实践对此也是采取了同样的做法。2002 年两高出台的《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中就将使用盐酸克仑特罗（俗称“瘦肉精”）等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖供人食用的动物，或者销售明知是使用该类药品或者含有该类药品的饲料养殖的供人食用的动物的行为，以生产、销售有毒、有害食品罪论处。

（三）“有毒、有害”的认定

“有毒、有害”是本罪的核心，“有毒、有害”与否对于此罪的成立至关重要，围绕“有毒、有害”产生的一系列问题均需要明确。生产、销售有毒、有害食品罪的认定关键就在于“有毒、有害”。如果掺入的非食品原料无毒、无害，那么就不构成犯罪，如果掺入的是不符合安全标准的非食品原料，那么就构成的是生产、销售不符合安全标准的食品罪。在《刑法》第 144 条规定的生产、销售有毒、有害食品罪的规定中，对于食品的有毒、有害性并没有做出明确的界定，所以有必要对“有毒、有害”予以认真解读，从而正确划定罪与非罪、此罪与彼罪的界线。

《食品安全法》第 99 条中对“食品安全”的定义是：“指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。”从以上定义，我们可以看出：“有毒、有害”也就意味着“会对人体造成任何急性、亚急性或者慢性危害”。

理论界许多学者的著作中对“有毒、有害”的定义是：“指对人体具有生理毒性、食用后会引起不良反应，损害人体健康。”[1]

---

〔1〕 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第 2 版），高等教育出版社、北京大学出版社 2005 年版，第 419 页。同样的观点还可见王作富主编：《刑法分则实务研究》（上），中国方正出版社 2010 年版，第 259 页；陈兴良：《规范刑法学》（上册），中国人民大学出版社 2008 年版，第 499 页；周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，人民法院出版社 2007 年版，第 154 页。

有学者也指出“食品安全是指在按照预期用途被消费者使用时，不会对消费者造成任何损伤的状况。”[1] 所以，有毒、有害应当理解为食品对人体健康造成危害，不符合供人食用或者饮用的标准。

但是这样的解释并不能完全解决实践中的问题。首先，我们遇到的第一个问题就是是否在食品中只要存在有毒、有害的物质就可以认定为本罪呢？在现实生活中，食品中含有一定的有毒、有害物质是完全正常的。目前食品添加剂大约有3000多种，而绝大多数都是有毒、有害的，但是国家并没有因为这些毒害性而禁止在食品中添加添加剂，因为适当的添加剂可以使食物变得更加美味、更加美观，保存的时间更长。显然，我们不能认为只要食品中存在有毒、有害成分就要认定为本罪。那么，有毒、有害的程度到底该如何限定呢？其次，如果非食品原料本身并没有毒害，而是由于消费者自身使用不当或者自身体质而出现了中毒现象是否应认定为有毒、有害呢？这些问题都是需要明确的。

1. “有毒、有害”的内涵和关系

在普通日常用语中，“毒”是指“进入机体后能跟机体起化学变化，破坏体内组织和生理机能的物质”，[2] 是一个内涵和外延都相对清晰的概念。作为本罪行为对象限定条件的“有毒”应是指一种物质属性，即该物质进入人体后能够与人体起化学变化，破坏人体的组织机能，能够引起人体中毒现象，出现某些急性、亚急性疾病。“中毒”是指“毒物进入人体内而发生的组织破坏、生理机能障碍或死亡，其症状包括恶心、呕吐、腹泻、头痛、眩晕、呼吸急促、瞳孔异常等。”食物中毒则是指人们食用了含有致病微生物及其毒素的食品或食用含有毒性物质的食物而引起的中毒，其最典型的特征是潜伏期短、发病迅速。

而有害的内涵则需要与有毒相联系、比较方能准确把握。“有毒”与“有害”既有联系也有区别。按照通俗地理解，二者之间是包容与被包容的关系，有毒包含在有害的范畴之内，有毒之物必然有害，反之，有害之物未必一定有毒。一般来说，同等单位有毒物质和有害物质对人体健康造成的危害程度一般有所不同，易言之，对人体健康造成等量程度危害所需物质所含毒性与害性的量也必然不同。如果按照一般常理来解释“有害”，在单位物质内所含之毒性与害性可能造成的危害程度相差不大的情况下，将二者并举尚可接受，而一旦当单位物质内所含之毒性与害性造成的危害相差甚远时，仍然将二者并举就显得极不合理。而既然立法上将二者并举且配置相同法定刑，说明我们应当对“有

---

〔1〕 张涛：《食品安全法律规制研究》，厦门大学出版社2006年版，第6页。

〔2〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第334页。

害”进行限制解释，让之与“有毒”相匹配。“有毒的范围容易确定；有害的范围则较广，但不能扩大‘有害’的范围。只有与有毒相当的，足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾患的物质，才是‘有害’物质。”[1]

2. “有毒、有害”的认定标准

有毒、有害的认定标准应从两个方面认定：质的要求和量的要求。

质的要求。该非食品原料必须在人体食用后能够造成危害。在这里要排除食用者个人原因造成危害的情形，这又有两种情形：一是消费者食用或者饮用了过大剂量而导致中毒的情形；二是对于那些有着特殊体质者，其食用了含有某种非食品原料的食品后对健康造成了损害，而普通人食用后并不会造成危害结果的情形。我们认为以上两种情况下的非食品原料并不符合有毒、有害的标准。理由如下：首先，食用者自己没有按照剂量的规定食用或者饮用食品而出现健康问题是其个人原因所致，而非行为人的行为所致，根据责任主义自然不能将这一危害结果归属于行为人，因此也就不能认定为犯罪。其次，每个人的身体情况都是不一样的，如果是食用者自己体质原因出现了健康问题，我们自然不能追究行为人的刑事责任。此外，本罪是行为犯，并不要求造成现实的危害结果，而是要求有毒、有害要与对人体健康造成危害高度紧密联系，对于那些本身有毒害但是却并不会造成任何危害的就不能认定为本罪。

量的要求。必须达到对人体健康有一定影响的程度。食品中不应含有对人体健康造成危害的因素，但这并不是说食品中不能含有任何对人体有害的成分，而是说有害成分的含量不能达到能够造成危害人体健康的水平。有些非食品原料本身确实有害，但是其在量上还不足以对人体的健康造成损害或者威胁，那么这种非食品原料并不符合有毒、有害的要求，不能将其作为入罪的前提条件。

3. “有毒、有害”的鉴定问题

对于“有毒、有害”的鉴定问题，学界的一般观点是非食品原料是否有毒、有害，应以省级以上卫生行政部门确定的机构出具的鉴定结论为依据，其依据是最高人民法院2001年发布的《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》。[2]

然而，该《通知》中只是指出：“人民法院受理的生产、销售假药犯罪案件和生产、销售不符合卫生标准的食品犯罪案件，均需有‘省级以上药品监督管

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第652页。

〔2〕 该观点可见于王玉珏：“《刑法》第144条中‘有毒有害非食品原料’的合理定位——以近晚食品安全事件为例”，载《法学》2008年第11期；宋元庆：“生产、销售有毒、有害食品罪罪名浅析”，载《法制与社会》2010年第10期等。

理部门设置或者确定的药品检验机构'和'省级以上卫生行政部门确定的机构'出具的鉴定结论，"并未提及"有毒、有害食品"的鉴定问题。因此，依据该《通知》不能得出有毒、有害食品的认定必须以相关机构的鉴定结论为依据的结论。

现实中，因为此类鉴定的专业性强、技术要求高、法律责任大，因此有毒、有害食品的认定或者没有相应的鉴定机关做出相应的鉴定，或者对于某些实质的有毒、有害食品却没有标准化的办法进行鉴定，如"地沟油"的案件，直到当前也没有形成一种公认的、行之有效的鉴定方法。如果司法机关对于"有毒、有害食品"都依赖于鉴定机关的鉴定，那么许多案件将无法办理。

笔者认为，鉴定结论只是"有毒、有害"的充分条件，而不是必要条件。易言之，我们可以根据鉴定结论得出"有毒、有害"的结论，但是如果没有鉴定结论，我们不能就此得出"无毒、无害"的结论，我们还应当承认其他判定标准。比如：结合技术标准和法学标准对"有毒、有害食品"进行判定；综合食品原料、食品中含有的有毒、有害物质的属性、加工方法和加工过程等因素进行综合考量；根据科学依据和行业常识来判定，等等。

（四）"掺"的认定

本罪行为表现为在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知掺有有毒、有害非食品原料的食品。可见，对掺入行为的界定是认定本罪行为的重要方面。

1. "掺入"与"掺有"的区别

《现代汉语词典》对于"掺"的解释是"把一种东西混合到另外一种东西里去"。[1] 因而，有的学者认为，"掺入"是指行为人通过积极的行为，把禁止使用的有毒、有害的非食品原料加入到食品中的动作过程。[2] 而有的学者则认为，"掺入"不仅包括把有毒、有害的非食品原料加入到食品的过程行为，还包括将有毒、有害的非食品原料直接当作食品或者食品原料出售的行为。[3] 笔者则认为，之所以出现这种争议，是因为没有正确理解"掺入"和"掺有"的区别。

《刑法》第144条规定了两种"掺"的情形：第一种情形是"在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的"，第二种情形是"销售明知掺有有

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第147页。

〔2〕 方明："略论生产、销售有毒、有害食品罪"，载《法商研究》1994年第2期。

〔3〕 刘明祥主编：《假冒伪劣商品犯罪研究》，武汉大学出版社2000年版，第178页。

毒、有害的非食品原料的食品的”。这两种情形中都有“掺”的表述，第一种情形为“掺入”，第二种情形为“掺有”，笔者认为它们的“掺”的含义并不相同。

“掺入”的“掺”必须是犯罪行为人本人或者其同案犯所为，而“掺有”的“掺”则并不局限于行为人本人或其同案犯所为，也可以是他人所为，只要行为人明知所售食品掺有有毒、有害物非食品原料即可，此时的“掺”包括“含有”、“携带”、“夹杂”之意。也就是说，“掺有”不仅含有行为人积极主动地添加的情形，还包括根本无添加行为而只是单纯销售的行为，故而后者中的“掺”的外延要比前者中的外延广，只要所售之物在客观上含有有毒、有害之物即可，这种有毒、有害之物既可能是其他人掺入，也可能系该食品自身即携有毒素、害素，前者如明知系他人毒杀的野鸭而销售，后者如烹制河豚、野生毒蘑菇而加以销售等。所以笔者以为，把有毒、有害的非食品原料直接当作食品出售的行为应当构成本罪，但此时惩罚行为人不是因为其有“掺入”的行为，而是因为其实施了销售明知“掺有”有毒、有害的非食品原料的食品的行为。

2. “掺入”的行为方式

有人指出，“掺入”一词无法涵盖浸泡、涂抹、洗涤等类似慢慢渗透的行为，更无法涵盖用有毒、有害的非食品原料取代食品而生产销售的行为，所以应增加本罪的行为方式。[1] 非食品原料的存在形式非常多样，涵盖了固体、液体、气体[2]三种形态，因此，非食品原料加入到食品中的方式也就有混合、浸泡、涂抹、注射、洗涤、转化提炼，以及直接作为食品本身出售[3]等。那是否就意味着掺入无法涵盖这些行为方式呢？笔者认为，犯罪构成中的行为是类型化的犯罪行为，是对不同形态、方式犯罪行为的高度抽象概括。就像故意杀人罪中的“杀害”行为就有枪杀、用凶器杀害、溺水、投毒等各种形式，我们不可能将所有的杀害行为全部罗列在犯罪构成中，而只能将这些行为抽象为了“杀害”。本罪中的“掺入”也是对各种将非食品原料加入到食品的中方式的高度抽象概括，符合社会一般观念的理解，因此，不必在掺入之外再增加行为方式，并且也没有必要将“掺入”改为“掺和”。之所以用“掺和”一词，其目的是为了将过失也纳入到本罪的罪过形态中来，认为在过失罪过下，行为人不

---

〔1〕 梅传强、杜伟：“论食品安全犯罪刑法规制的现状与立法再完善”，载《重庆理工大学学报（社会科学版）》2012年第4期。

〔2〕 实践中，非食品原料多是以固体和液体形态存在的，气体作为非食品原料较为少见，如用硫磺气熏白馒。

〔3〕 转化提炼的方式，如将地沟油转化提炼为油料；将非食品原料直接作为食品出售的方式，如将工业酒精作为白酒出售。

是主动掺入而是被动混合，笔者对此持质疑态度。并不是说故意罪过下就是积极行为，在过失罪过下是被动行为，两者之间并不具有必然联系。在故意罪过下也可能实施的是被动行为，过失罪过下也同样可以存在积极行为，并且将由于没有尽到注意义务而将有毒、有害的非食品原料加入到食品中的行为定义为被动行为本身就存在问题，被动行为和积极行为本身也不是刑法上的概念，不存在和罪过的对应问题。

3. “掺”对掺入物与被掺物之间是否有比例的要求

笔者认为答案应当是否定的。因为虽然通常的情况下“掺”往往是将少量物质拌入大量物质之中，即以少入多，但这并不排除其他形态。“掺”的意思是“把一种东西混合到另一种东西里去”，也就意味着以存在两种以上物质为前提，将一种物质放入另一种物质之中的行为就构成“掺”，而不要求物质之间的比例大小。“掺”既可以是以少入多，即将少量毒害物质掺入大量非毒害物质中；也可以是以多入少，即将大量毒害物质掺入少量非毒害物质中；还可以是等量混杂，即数量基本相同的有毒害物质与无毒害物质相掺杂。

4. “掺”后的形态

“掺”只要求物质的混合性，而没有外观或者形态的要求。“掺”既包括行为实施完毕后掺入物渗入食品原料内肉眼无法辨别的，如将甲醇加入水中勾兑食用白酒或者在奶粉中掺入三聚氰胺等，当然也包括掺入物被掺之后在外观上仍然可辨的，如在火锅汤底中添加罂粟壳等。就是说，这里的“掺”既包括有形、外显的“掺”，也包括无形、内隐的“掺”。

二、本罪主观方面的认定

（一）“明知”的含义

学界对于“明知”含义的阐述可以归纳为两种不同的观点。“确定说”认为，明知就是确知，就是对将来要发生的事实及其危害性的明白知晓。“可能说”认为，明知当然包括确知，但不限于确知，还包括一定条件下的“应知”，即根据行为人的主观认识能力和行为时的客观情况，而合理推断出行为人当时应当知道，也就是所谓的“推定的明知”。[1] “当刑法要求行为人明知某种构成事实或者必须具有某种目的，而行为人声称不明知或者不具有该目的，导致对行为人主观上是否明知或是否具有该目的存在疑问时，不能轻易适用存疑时有利于被告的原则，做出行为人不明知某种构成要件或不具有某种目的因而无罪

〔1〕 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第110页。

的判决；而应根据客观事实合理推定行为人主观上是否明知某种构成要件、是否具有某种目的。”[1]

笔者认为，我们应当承认“推定的明知”具有存在的合理性。因为，心理学上认为，人的心理具有可知性，而作为人心理一部分的主观心理状态也是可知的，因为心理支配着人的行为，可以通过行为表现出来。“心理现象作为一种主观精神现象，虽然看不见，摸不着，没有重量、大小和体积，但可以通过观察和分析行为来客观地研究人们的心理活动，因为‘从外部行为推测内部心理过程，是心理学研究的一条基本准则。在这个意义上，心理学有时也叫做研究行为的科学’。”[2] 具体到犯罪心理上来说，“当犯罪人在实施犯罪行为时，其心理活动的特点必然会在犯罪行为中表现出来，犯罪现场留有什么样的犯罪痕迹，罪犯在实施犯罪过程中就会呈现出与之相适应的心理状态，这两种痕迹的一致性，为我们客观地分析罪犯心理提供了可能”。[3] 所以，只要我们从行为人所实施的客观行为入手，通过对这些行为的客观分析是可以对行为人的主观心理状态进行判断的。

在我国，“可能说”已经得到最高司法机关肯定，并在许多司法解释中采用了此标准。[4] 而且在国外的一些法律中也不乏通过客观行为来推定主观心理的规定。[5]

（二）“有毒、有害”应当属于明知的内容

对于这一问题，有学者认为，在认定生产、销售有毒、有害食品罪的主观方面时，只能要求行为人具有对于掺入非食品原料的明知，而不要求对于有毒、有害性具有明知。[6] 如果要求生产、销售者对毒害性也要明知，无疑对犯罪主体的主观认知提出了极高的要求，从而为认定犯罪带来极大困难，而原材料性质则属于生产者、销售者行为合理性和认知合理性的基础。有学者更指出，本罪在判定行为人主观方面时，只需行为人对自己行为的危害后果有概括的认识，

---

〔1〕 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2002年版，第327页。

〔2〕 彭聃龄主编：《普通心理学》，北京师范大学出版社2004年版，第11页。

〔3〕 梅传强主编：《犯罪心理学》，法律出版社2003年版，第357页。

〔4〕 例如，最高人民法院、最高人民检察院2001年发布的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条；最高人民法院、最高人民检察院、海关总署2002年发布的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第5条；最高人民法院、最高人民检察院2004年发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条，等等。

〔5〕 例如，《模范刑法典》第251·4（2）节规定，凡在自己的营业过程中销售或持有淫秽物品的，推定其为明知或轻率。

〔6〕 王玉珏：“《刑法》第144条中‘有毒有害非食品原料’的合理定位——以近晚食品安全事件为例”，载《法学》2008年第11期。

不要求行为人对所添加物质的化学性质及毒性详细了解。[1] 那么有毒、有害性到底是否是明知的内容？这关系到罪与非罪、此罪与彼罪的问题。

按照刑法通说，不论是直接故意还是间接故意其“明知”都是对危害结果的认识。明知应包含两个层面的内容：事实层面和价值层面。所谓事实层面就是行为人对自己行为的事实有认识，包括对行为性质、行为方式、行为对象、行为时间、地点、行为结果等的认识；而价值层面就是行为人对自己行为规范性的认识，即认识到自己的行为会发生危害社会的结果。具体到本罪，在事实层面上就是行为人认识到自己实施的是往食品中掺入有毒、有害非食品原料或者销售掺有有毒、有害非食品原料的行为，在价值层面就是行为人认识到自己所实施的掺入或者销售有毒、有害非食品原料食品的行为会发生危害社会的结果。实际上，在事实层面还可以再细分为对“非食品原料”的明知和对“有毒、有害”的明知，而正是基于“有毒、有害”的认识才能认定行为人在价值层面的明知，即行为人认识到毒害性才会得出对他人的身体健康可能造成危害的结论，而单纯的只是对“非食品原料”的认识还不能成立对危害结果的认识。本罪作为行为犯，并不要求现实的造成危害结果，只要行为人实施了构成要件的行为就可以认定为犯罪，而刑法之所以能够脱离危害结果对行为人的行为进行评价，正是在于行为和危害结果的高度紧密性而提前介入，只有行为能反映出和危害结果的紧密关联性才能认定为犯罪。如果仅是认识到掺入的是“非食品原料”还不能反映出行为和危害结果的高度关联性，只有认识到所掺入的非食品原料是“有毒、有害”的，才能彰显出行为和结果的高度紧密性。在这里要注意的是，行为犯只是构成要件要素不包含危害结果，并不表示行为人对其行为结果以及结果性质不明知。如侵入住宅罪作为典型的行为犯，只要行为人实施了侵入他人住宅的行为就应该认定为犯罪，而不必要求是否现实造成了他人住宅安宁权受到损害的结果，但是行为人显然已经认识到其实施的是侵入他人住宅的行为而且这一行为会对他人的住宅安宁造成影响，如果不包括对危害结果明知的话，行为人只是到房主家做客也应认定为犯罪了。

而之所以有人对“有毒、有害性”是否应作为本罪明知的内容存有质疑，主要理由就是如果要求行为人对结果危害性还要有认识，其往往会以此为借口为自己辩护，提出自己并没有认识到自己的行为会造成危害社会的后果，而造成故意认定上的困难。[2] 笔者认为不能将司法实践中难以认定作为否定“有

---

〔1〕 许桂敏：“罪与罚的嬗变：生产销售有毒有害食品罪”，载《法学杂志》2011 年第 12 期。

〔2〕 如在三鹿奶粉案中，行为人就是以三聚氰胺当时并未列入国家规定的对奶制品必须检测的名单中，也没有此项检测标准为由声称自己并没有认识到行为会造成危害人体健康的结果。

毒、有害”是本罪明知内容的理由。首先，在刑法中存在很多认定上的困难，如到底何为危险状态至今还是一个智者见智的问题，不能将实践和理论混为一谈。其次，故意的认定是主客观相统一的过程，既要听取行为人的辩解，更要从客观上加以评判，不能仅凭行为人的一面之词就认为其主观上并不存在故意，还需要通过客观方面对其主观罪过进行把握。〔1〕再次，前文中已经论述了，仅明知“非食品原料”并不能反映出行为人对其行为危害结果的认识，只有对“有毒、有害性”也有认识才能认为其认识到了自己行为的社会危害性。最后，只有认识到了“有毒、有害性”才能反映出行为人主观恶性较大。明知“非食品原料”和明知“有毒、有害性”实际上是一种层进关系，只有当行为人具备了第二个明知的时候，其主观恶性才达到了入罪的程度。〔2〕

而对于有人所提出的，只需行为人对自己行为的危害后果有概括的认识，不要求行为人对所添加物质的化学性质及毒性详细了解的观点，笔者更是不敢苟同。如果行为人已经对自己行为的危害后果有了认识，又如何会对所掺入的非食品原料的“有毒、有害性”没有认识呢？既然承认了行为人要对危害结果有认识，就必然应该承认明知“有毒、有害性”。

（三）本罪中生产行为、销售行为都需要“明知”

《刑法》第144条只明确规定了行为人销售掺有有毒、有害的非食品原料的食品时要有“明知”，对于“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的”没有“明知”的表述。

但是，“在刑法中对特定客体有明知规定的只是极少数，而大多数都没有明知的规定，但这并不意味着在这种刑法没有规定的情况下就不需要明知”。〔3〕这是因为，“我国的刑法分则较多地采用了‘明知’的规定，由于即使没有‘明知’的规定，故意犯罪的成立也要求行为人明知犯罪构成的客观要素，因此，刑法分则关于‘明知’的规定都属于注意规定。基于这一理由，即使刑法分则没有明文规定‘明知’要素，对于犯罪的客观构成要件要素，故意犯罪的行为人主观上也必须明知。”〔4〕所以，“刑法只是对销售行为中的主观认识作特别强调，而认为生产行为中对掺入的足以严重危害人体健康、生命的非食品原料有

---

〔1〕钱东君、褚玉兰等：“生产、销售有毒、有害食品罪中明知的认定”，载《人民司法》2012年第4期。

〔2〕毛乃纯：“论食品安全犯罪中的过失问题——以公害犯罪理论为根基”，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2010年第4期。

〔3〕陈兴良：“奸淫幼女构成犯罪应以明知为前提——为一个司法解释辩护”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2003年第6期，第6页。

〔4〕张明楷：《刑法分则的解释原理》（下册），中国人民大学出版社2011年版，第629页。

明知无须作特别规定”。[1] 在本罪中，无论是生产行为还是销售行为，都要求行为人主观上存在“明知”。

（四）本罪中“明知”的具体判断方法

在推定的明知的情况下，如果有相反的事实和证据足以证明行为人的明知不成立，就可以推翻这种推定。必须明确，这种合理推定的明知与“严格责任”不同，更不是“客观归罪”，它仍然强调罪过责任；同时，合理推定也不是主观臆断，它并没有免除司法机关对罪过的证明责任，推定的结论是建立在足够的事实和证据的基础上的。[2]

对明知的判断不能仅仅依据犯罪嫌疑人的口供，而是既要考虑行为人自身的认识能力，又要考虑案件当时的具体情况，并参考社会一般人在当时能否认识等情况，对行为人的心理状态进行综合分析判断。

对于生产有毒、有害食品的行为，一般来说这几种情形应当可以推定行为人存在主观上的明知：一是，在食品中添加了允许添加的食品添加剂目录范围之外的物质。二是，添加的虽然是允许添加目录范围之内的，但是超量添加，即超过单位量内允许的最大值进行添加。三是，将允许添加的食品添加剂超范围添加，即添加于允许添加食品范围之外的食品。

对于销售有毒、有害食品的行为，判断犯罪嫌疑人是否明知应当重点从如下几个外在行为考虑：买卖双方的成交价格是否正常、进货渠道是否正当或卖方有无正当合法手续；买卖或交接食品的方式以及时间地点是否正常；行为人对食品的认识程度的高低。

对于生产和销售行为是否具有明知都应当考虑的因素有：是否在有关部门禁止或发出安全预警的情况下继续生产或销售，以及行为人的年龄、文化程度、社会经历、职业、职务、职责等。

---

〔1〕 周光权：《刑法各论讲义》，清华大学出版社2003年版，第229页。

〔2〕 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第110页。

第七节

食品安全监管渎职类犯罪的因果关系

——以“瘦肉精”生猪案为考察对象

陈京春 *

一、问题的提出

无论食品安全监管渎职行为是构成玩忽职守罪、滥用职权罪，还是构成食品监管渎职罪、徇私舞弊不移交刑事案件罪、商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪等其他食品监管渎职类犯罪，通常均要求以造成相应的结果为犯罪成立条件，即滥用职权、玩忽职守的行为必须造成刑法规定的“重大食品安全事故”、“其他严重后果”、“造成特别严重后果”的危害结果方可追究刑事责任。所以食品安全监管渎职行为的定罪问题无法回避对渎职行为与危害结果之间因果关系的判断。客观上不存在因果关系，则不构成犯罪。

在涉及“瘦肉精”生猪监管的渎职犯罪中，相关国家机关工作人员的渎职行为呈现出过程性、动态性和多元性的特征。在生猪的养殖、出栏、运输、屠宰各环节，对“瘦肉精”监管的部门各司其职，各环节国家机关工作人员的渎职行为与最终结果之间的因果关系判断是复杂而交错的。如果说与“瘦肉精”生猪或猪肉制品流入消费市场紧密相接的渎职行为与最终结果之间的因果关系判断还比较

---

* 西北政法大学教授，法学博士。

简单的话，那么，由于自然科学的引起与被引起的关系在动态的过程中往往变得纷繁复杂且难以求证，与结果相隔一定环节的渎职行为对于结果的出现是否具有原因力，则变得越发玄虚。

此外，由于我国的食品安全监管体系尚不严密，执法资源有限，检疫不可能实现全覆盖，只能进行抽查。同时，检疫的手段十分有限，直到现在，对于国务院食品安全委员会所公布的13种“瘦肉精”，经备案合格的、能够进行有效常规检测的检测试纸，也只有前3种：盐酸克仑特罗（Clenbuterol Hydrochloride）、莱克多巴胺（Ractopamine）、沙丁胺醇（Salbutamol）。[1] 执法技术不成熟、执法条件不具备，包括检测技术限制、抽样概率问题、监督体系标准滞后等往往成为执法人员不构成渎职犯罪的辩解理由。

为了严防“瘦肉精”生猪进入市场，强化执法人员的责任意识，实现有效监管是重要举措。而合理地判定渎职行为与危害结果之间的因果关系，是准确定罪的重要环节。面对司法实践中存在的诸多现实问题，因果关系的认定值得认真研究。

二、“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系的特殊性

（一）“瘦肉精”生猪或猪肉制品的监管渎职行为

第一，对“瘦肉精”生猪和猪肉制品的检疫、监管贯穿于生猪的养殖、出栏、运输、入场、屠宰、宰后等各环节。《关于进一步加强“瘦肉精”监管工作的意见》（中央编办发〔2010〕105号）指出，对“瘦肉精”负主要监管职责的部门有农业部、商务部、卫生部、工商总局、质检总局、食品药品监管局6大部门。《食品安全法》第4条中明确了农业部、商务部、卫生部、工商总局、质检总局、食品药品监管局在食品安全监管中的权责。各部门采取分段监管为主、品种监管为辅的方式，分担相应的职责，试图实现全过程的监管。

从生猪饲养到屠宰上市，各个环节的监管人员及相关领导可能出现的渎职行为形式各样。在养殖环节，监管人员不认真履行防疫员、检疫员的职责，未依规定对其管辖区域内的养猪场进行监督和产地检疫；在生猪出栏环节，监管

---

〔1〕 国家食品药品监督管理局办公室关于印发《餐饮服务环节“瘦肉精”专项整治实施方案》的通知所附“瘦肉精”品种有：盐酸克伦特罗（Clenbuterol Hydrochloride）、莱克多巴胺（Ractopamine）、沙丁胺醇（Salbutamol）、硫酸沙丁胺醇（Salbutamol Sulfate）、盐酸多巴胺（Dopamine Hydrochloride）、西马特罗（Cimaterol）、硫酸特布他林（Terbutaline Sulfate）、苯乙醇胺A（PhenylethanolamineA）、班布特罗（Bambuterol）、盐酸齐帕特罗（Zilpaterol Hydrochloride）、盐酸氯丙那林（Clorprenaline Hydrochloride）、马布特罗（Mabuterol）、西布特罗（Cimbuterol）、溴布特罗（Brombuterol）、酒石酸阿福特罗（Arformoterol Tartrate）、富马酸福莫特罗（Formoterol Fumatrate）。

人员没有严格履行法定的检疫程序，严重不负责任，违规开具《动物检疫合格证明》、《出县境动物检疫合格证明》；在生猪运输环节，监管人员发现有使用过期或假冒伪造的入境专用标志、未持有效检疫证明、耳标不符、证物不符、死因不明等问题的生猪，未依法采取禁止入境、销毁、警告、罚款等行政措施；在生猪屠宰环节，明知生猪没有产地检疫合格证，而违反规定允许生猪入场，屠宰前未按规定对生猪进行静养观察、自检等工作；屠宰后亦未按规定进行“瘦肉精”抽检及记录各项检查结果，违规出具《动物产品检疫合格证明》等等。此外，作为“瘦肉精”各个环节监管、检疫的相关领导，在工作中严重不负责任，不认真履行职责，使“瘦肉精”监管工作未能落实；对其辖区内生猪屠宰实施监督管理及日常监督检查时，玩忽职守，不认真履行职责；违反《生猪屠宰管理条例》的规定，对境内私屠滥宰活动不依法予以取缔等。

第二，食品监管渎职类犯罪是典型的监督管理过失犯罪行为。理论上认为，食品监管渎职类犯罪的过失属于国家公务上的监督管理过失行为，因为食品监管具有职责性，食品安全事故造成的危害后果如果与国家机关工作人员的渎职行为有关联，则国家机关工作人员就要承担刑事责任，不论此危害后果是谁直接造成的，国家机关工作人员都要承担监督、管理失职的责任。[1] 所谓国家公务上的监督管理过失，是指国家机关工作人员在履行国家监督管理职权过程中，严重不负责任，不履行或者不正确履行自己的职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的过失情况。[2] 刑法分则第9章渎职罪的罪名，都属国家机关工作人员玩忽职守或滥用职权的行为，但是并不全是监督过失犯罪。有些犯罪是单纯的国家机关工作人员的过失直接造成危害结果，中间并没有介入被监管人的其他行为，不存在监督和管理的问题，这些渎职犯罪是国家机关工作人员的一般过失犯罪。从本质上看，涉及“瘦肉精”监管渎职类犯罪的罪名均属监督过失犯罪。对于此类犯罪而言，只有中间介入了被监管人的其他危害行为，危害结果是由国家机关工作人员的监督过失和被监管人的直接危害行为共同造成的，此时，国家机关工作人员的监督过失行为才有构成监督过失犯罪的可能性。因此，当一个危害结果发生需要追究负有监管职责的国家机关工作人员的监督过失的刑事责任时，必然伴随着对被监管人员直接危害行为及其危害结果的认定。

第三，“瘦肉精”生猪即便进入市场，也不一定存在监管渎职行为，只要监

---

〔1〕 参见李忠诚：“食品安全监管领域渎职者该受怎样处罚——最高检权威人士详细解读‘食品监管渎职’罪名法律适用”，载《法制日报》2011年5月19日，第4版。

〔2〕 参见刘丁炳：《监督管理过失犯罪研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第34~35页。

管人员的行为是合乎规范的。监管人员对“瘦肉精”生猪监管渎职行为的违法性，反映在不按规章制度行事，玩忽职守或滥用职权，没有尽到监管的职责，没有正常发挥出应有的防阻“瘦肉精”危害的作用上。但是，如果依据现有的规定和执法条件，监管人员已经严格遵从规范的要求，履行了相应的职责，便不构成渎职行为。正如交警执法并不能完全防止交通事故的发生一样，对“瘦肉精”的监管事实上也无法杜绝所有使用“瘦肉精”危害食品安全的违法犯罪行为。如果无限制地扩张渎职行为的成立范围，将使监管人员在行使职权时诚惶诚恐、如履薄冰，而且从根本上看也是强人所难的。

（二）“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系的特征

第一，“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系的相关性。食品生产者和销售者的生产、销售行为是导致“瘦肉精”生猪流入市场的直接原因，而有关部门国家机关工作人员的渎职行为对于危害社会结果的发生具有间接性，二者共同作用才导致了“瘦肉精”生猪流入市场。食品安全犯罪危害结果的发生，是由食品生产、销售的单位和自然人造成的，而非监管人员直接造成。由于渎职行为不会独立地导致危害结果发生，在“瘦肉精”监管渎职类犯罪案件中，中介因素表现为第三者的违法乃至犯罪行为。正是由于生产、销售“瘦肉精”生猪及猪肉制品的违法犯罪行为，才体现出行政执法人员没有认真履行或不正当履行了监管职责，导致了危害结果的发生。在判断渎职行为与危害结果的因果关系时，不能不同时考查渎职行为与生产、运输、屠宰、销售“瘦肉精”生猪的违法犯罪行为之间的内在关系。国家机关工作人员不正确履行职责的渎职行为与被监管人员使用“瘦肉精”的违法行为均对最终结果的形成具有原因力。

在考察监管渎职行为的原因时，不能脱离被监管者违法使用“瘦肉精”具体行为的时空条件。监管人员如果履行了监管职责，可能阻止危害后果的发生，也可能在其履行了监管职责的情况下，被监管者故意规避监管，或是漏网之鱼，最终导致问题猪肉产品流入市场。在判断渎职行为与危害结果之间因果关系时，需要考察渎职行为是否造成了问题生猪过关闯卡的危险性，即由于渎职行为，是否造成了被监管者违法使用“瘦肉精”的行为失去监管，从而导致问题生猪流入下一个流通环节，对食品安全造成威胁。

第二，“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系的多元性。生猪从养殖到宰杀，再到猪肉产品最后流向人们的餐桌，要经历养殖、贩运、屠宰和销售等几大环节，几大环节都有监管部门负责监督把关。目前，我国对于食品安全的监管是由卫生部牵头建立食品安全综合协调机制，负责食品安全综合监督，承担食品安全综合协调，组织查处食品安全重大事故的责任；农业部负责农产品生产环节的监管；国家质量监督检验检疫总局负责食品生产加工环节和进出口食品安

全的监管；国家工商行政管理总局负责食品流通环节的监管；国家食品药品监督管理局负责餐饮业、食堂等消费环节的食品安全监管等等。[1] 如若各部门的监管人员都能够认真履行职责，注射或服用“瘦肉精”的生猪，就算是在养殖环节没有被发现，到了贩运、屠宰和销售环节，也基本上可以受到查处。也就是说，危害食品安全的结果，可能与各环节的渎职行为之间存在联系，但是，由于是多环节的监管，到底结果的发生与哪些环节的监管渎职行为存在因果关系，需要个别化地甄别。结果或者是与多个环节的渎职行为均存在因果关系，或者只是与最后一个环节的渎职行为存在因果关系。

第三，“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系认定的复杂性。由于在“瘦肉精”案件中，监管者的渎职行为与被监管者的违法犯罪行为纠结在一起，在客观上共同地发挥着作用。同时，多环节的监管主体不同，各有其责，危害结果既可以是由一个监管部门或监管人员的滥用职权或者玩忽职守行为所导致，也可以由多个监管部门或监管人员不同程度的参与导致。而在后一种情形中，通常表现为具有平等地位的监管主体，各自实施其在监管职责范围内的行为，共同完成监管任务；或者监管主体之间不是平等关系，而是一种上级与下级的关系，即监督与被监督或管理与被管理的关系。以上多个主体参与的情况下，导致“多因一果”的特征极其显著，加之，“瘦肉精”的残留存在时间上的衰减，而且生猪处于动态管控状态，因此，监管者与被监管者的行为是否与“瘦肉精”的违法使用存在关系，变得异常复杂难辨。此种情形有别于传统的故意杀人、伤害案件的因果关系判定，证据收集与证明是十分困难的，不仅给被监管者的食品安全犯罪的惩处带来困难，而且给监管者的渎职犯罪行为的责任追究形成了严重的障碍。基于严格证明和人权保障的考虑，能够达到定案标准的案件可谓寥寥。

三、“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系的认定

对于渎职罪的因果关系认定问题，学者多有论及，如有观点认为，不论危害后果是由渎职行为直接造成的，还是由渎职行为间接造成的，也不论渎职行为对造成危害后果所起的作用是决定性的作用，还是非决定性的作用，行为人的渎职行为与危害后果之间均存在刑法上的因果关系，行为人均应对造成的危害结果承担刑事责任。[2] 还有观点认为，对于追究主管人员食品监管渎职犯罪

---

〔1〕 参见原英群、于始：《食品安全：全球现状与各国对策》，中国出版集团、世界图书出版公司2009年版，第173页。

〔2〕 参见肖本山：“食品监管渎职罪的若干疑难问题解析”，载《法律科学》2012年第3期。

的刑事责任，只要存在间接或偶然的因果关系即可。[1] 以上观点过于空泛，只具有理论结构意义。如果说监管渎职行为与危害食品安全的结果之间具有“间接”关系尚可理解，那么，“非决定性的作用”小到什么程度，“偶然”到什么程度可以被认定存在因果关系，却缺乏可操作的标准，无法对司法实践发挥指导作用。

另有学者指出：“鉴于我国在食品安全领域采用的是‘从农田到餐桌’的分段监管模式，食品生产、流通、销售、餐饮等各环节涉及的监管部门众多，以致加剧了因果关系的复杂程度。因此，应吸取条件说直观清晰、易操作的优点，在事实层面运用前因后果的公式认定造成危害结果的所有条件，避免遗漏相关渎职行为人的责任，然后将其融入本罪犯罪构成和具体案情内，运用相当因果关系理论进行实质性判断，以确定因果关系。”[2] 这一观点符合理论界普遍认可的事实与规范二元的因果关系判断模式，是可取的。虽然亦有学者倡导客观归责理论，并与相当因果关系理论展开论战，但是，总体而言，我国司法实务部门对客观归责理论还是相当生疏。从实务的角度看，在分析“瘦肉精”监管渎职因果关系认定问题时，运用相当因果关系理论对司法实践更有指导意义。同时，客观归责理论在结果归责的实质性论证上具有独到之处，值得认真研究并加以借鉴，作为因果关系判断的补充和佐证。

（一）事实因果关系是“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系判断的基础

第一，在因果关系判断中，事实判断是规范价值判断的基础。有学者明确指出，“刑法因果关系是作为刑事责任的客观根据而存在于刑法之中的，它既是行为与结果之间一种客观存在的事实因果关系，同时又是为法律所要求的法律因果关系，是事实因果关系与法律因果关系的统一”。[3] 条件说所言的因果关系，是自然科学与社会科学中所使用的范畴论的概念，是事实上是否引起与被引起关系的事实判断，而相当因果关系说与客观归责论，则是法律上的目的论，是以行为与结果之间的因果关系为前提（基础），对因果关系进行限定的理论。作为后两者限定基础的，是条件说。[4]

条件说认为在行为与结果之间，如果存在着“无 A 即无 B”的关系，则存在刑法上的因果关系，其基本的判断准则是求助于思维上的“排除法”。而作为条件的行为，“必须要有成为结果发生之原因的可能性亦即危险性，而结果则必

[1] 参见谢望原、何龙：“食品监管渎职罪疑难问题探析”，载《政治与法律》2012 年第 10 期。

[2] 储槐植、李莎莎：“食品监管渎职罪探析”，载《法学杂志》2012 年第 1 期。

[3] 张绍谦：《刑法因果关系研究》，中国检察出版社 1998 年版，第 111 页。

[4] 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 2007 年版，第 117～118 页。

须是这种危险性的现实化”。[1]

第二，对于“瘦肉精”生猪监管渎职类犯罪因果关系判断而言，渎职行为事实上与食品安全危害结果之间是否存在因果关系，就要看渎职行为是否事实上造成了有问题的生猪失去管控进入下一环节，并因而造成了最终的结果。如果有证据证明二者之间存在事实上的因果联系，就说明此渎职行为对最终食品安全危害结果的形成具有原因力。对于不同环节的渎职行为，均应进行个别事实判断，而不能因为危害结果产生，就轻易地认定所有的渎职行为与之存在因果关系。以违法使用沙丁胺醇的监管为例，由于沙丁胺醇可以在各个环节中使用，如在养殖环节故意添加沙丁胺醇主要是以增加瘦肉率为目的，在运输、屠宰环节故意添加沙丁胺醇是以注水、保水为目的从而牟取暴利。因此，是在哪个环节违法使用沙丁胺醇，对于决定哪些环节的渎职行为与危害结果存在因果关系有重要意义。就证明而言，行为人在违规开具相关证明之后，当天或者很短时间内其他监管者对同一批次生猪再次检测，发现了同批次的生猪存在“瘦肉精”成分，同时，又无其他证据证明“瘦肉精”是在这一时间间隔内注射或服用的，应认定先前的渎职行为是问题生猪进入下一个流通环节的原因。

有人指出，“某种许可、批准从一开始即是由于某国家机关工作人员过失渎职的错误造成的，因而从一开始即存在危害结果发生的可能性，我们姑且把这种类型的失职渎职叫作原生态过失渎职。在原生态过失渎职行为持续过程中，间有次生过失渎职行为发生，这些过失渎职行为与危害结果的发生都存在因果关系”。[2] 之所以得出这样的结论，正是因为所谓的“原生态过失渎职行为”和“次生过失渎职行为”均存在危害结果发生的内在属性。再如，结合被监管者的违法行为，仅有证据证明与危害结果最相近的渎职行为具有结果发生的原因力，那么，即便前面的监管环节存在渎职行为，这些渎职行为与危害结果之间也不存在因果关系。多个渎职行为具有因果关系，包括两个或者两个以上同级别的不同的食品安全监管部门及其工作人员实施的渎职行为，亦包括上下级的食品安全监管部门及其工作人员所实施的两个或者两个以上的渎职行为。

第三，在运用条件说进行因果关系判断时，被监管者违法使用“瘦肉精”的行为、后续“介入”的渎职行为并非介入因素。渎职行为与被监管者的违法行为之间同时对结果发挥着原因力，养殖、生产、运输、销售者的行为并不会中断渎职行为与结果之间的因果关系。对于多名行为人在不同环节实施渎职行

---

〔1〕［日］小野清一郎等：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 115 页。

〔2〕杨书文：“过失型渎职罪中的因果关系研究”，载《人民检察》2006 年第 20 期。

为共同造成危害结果的情形，行为人往往辩解是因为其他行为人的渎职行为造成危害结果，自己虽有渎职行为，但如果其他人履行职责的，结果也不会发生，从而相互推脱责任。显然，这一辩解是不能成立的。如果最先实施的渎职行为具有引发结果发生的原因力，后续“介入”的渎职行为并不能造成因果关系的中断，先前的渎职行为对后续产生的危害结果依然具有原因力。

第四，在不同犯罪构成里，作为与渎职行为相对应的危害结果的内涵是不同的。如在食品监管渎职罪中，发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果，是本罪成立的必备要件，即负有监督管理职责的国家机关工作人员，不仅要有滥用职权或者玩忽职守的行为，而且还要发生了重大食品安全事故或者造成了其他严重后果，且渎职行为与此结果存在因果关系时，才能构成本罪。如果存在滥用职权或者玩忽职守的行为，但未发生重大食品安全事故或者未造成其他严重后果，是不能认定构成犯罪的。这也是食品监管渎职罪案件较少的原因之一。[1]

（二）运用相当性判断对“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系的成立范围进行限制

第一，因果关系判断不仅仅是事实判断，也是价值判断。“对于刑法中的因果关系，仅仅将其作为事实问题来把握难以完成因果关系在犯罪构成中所担当的使命。”[2]“刑法因果关系是需要从刑法规范的角度加以判断的犯罪构成要件的内容，其有无和表现形式，不纯粹是从物理的、自然科学角度出发的事实判断，而应当是从‘应当如何或不应当如何’的规范角度出发的法律判断，具有价值判断的特征。”[3] 因此，相当因果关系说成为这个舞台的主角。“相当因果关系有两个特点：一是排除条件说中的不相当的情况，即以条件关系为基础，同时从法的观点将因果关系限定在日常生活经验上通常可能产生的范围内；二是以行为时的一般人社会生活上的经验为标准判断是否具有相当性。”[4] 相当因果关系说的逻辑体系决定了它侧重于解决因果异常的问题。相当因果关系理论的核心是：从生活经验来说，如果是由于无法预料的异常行为的介入引起危害结果发生，最开始的实行行为和最终结果之间不具有“相当性”，从而排除其因果关联性。相当性等于通常性、普遍性、经验上可想象性、非异常性、非偶然性等。相当因果关系重视行为和结果之间的“常态关联”，是以条件说为基

---

〔1〕参见杨新京、黄福涛：“食品监管渎职罪的司法认定”，载《人民检察》2013 年第 8 期。
〔2〕陈兴良：《刑法学教科书之规范刑法学》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 172 页。
〔3〕黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 156 页。
〔4〕张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 2007 年版，第 123 页。

础，探讨结果是否能够归责于某种条件的规范判断。[1]

第二，从事实的层面上看，因果关系的有无是一个问题。但是，从价值规范的判断看，渎职行为的原因关联性程度有多高，是另一个问题。“如果事物之间的客观意义上的原因关联性程度，可以用0～100之间的数字来表示（指数越大代表关联性程度越高），但是，我们必须在0～100之间确定一个构成刑法上因果关系的指数值或指数范围，而这种指数值或指数范围就是社会主体根据自身的需要从主观上的一种认定，所以，因果关系从某种程度上来说取决于评价主体的主观判断。”[2] 这种主观判断是对客观原因力的判断，不能脱离事实判断的基础。

第三，食品安全监管渎职类犯罪的因果关系亦需进行相当性判断。食品安全监管渎职类犯罪的行为不仅要与危害结果之间存在事实上的因果关系，而且这种行为与结果之间的常态联系是合乎生活实际和经验法则的，是达到相当因果关系所要求的“相当性”的，而不能是“极为偶然”、“极为异常”的。例如，在监管者未进行相关检测的情况下（事实上该批生猪存在残留的、一般情况下不会对食用者造成显著损害的微量“瘦肉精”），即出具《出县境动物检疫合格证明》，运输者在运输过程中对同一批次的部分生猪大量使用“瘦肉精”，最终导致非常严重的后果。在此情况下，运输者大量使用“瘦肉精”的行为是导致结果发生的主要原因，尽管监管者的渎职行为与最终结果之间存在事实上的因果关系，但是，如果没有运输者大量使用“瘦肉精”的行为，在一般情况下便不会产生最终的严重后果，因此，可依相当性理论否定监管者的渎职行为与最终危害结果之间的因果关系。

（三）运用客观归责理论作为“瘦肉精”监管渎职类犯罪因果关系认定的补强

第一，客观归责理论与相当因果关系理论均是建立在事实因果关系认定基础之上的结果归责理论，通常情况下二者的结论是一致的。在事实的因果关系基础之上，为了限定因果关系的成立范围，需要依据“是否偏离常轨”的相当规则去判断。正是在研究相当理论的过程中，发现了相当理论并非因果关系理论，而是归责理论。因此，德国刑法学界普遍认为客观归责理论是由相当理论和重要性理论发展而来的。[3] 从克服条件说所带来的处罚范围过于宽泛的意义

---

〔1〕 参见周光权：“客观归责理论的方法论意义——兼与刘艳红教授商榷”，载《中外法学》2012年第2期。

〔2〕 劳东燕：“风险分配与刑法归责：因果关系理论的反思”，载《政法论坛》2010年第6期。

〔3〕 参见王扬、丁芝华：《客观归责理论研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第88页。

上，相当因果关系理论与客观归责理论旨趣相投。相当性理论实际上是结果归属理论，是在事实的因果关系之后的规范评价。同样客观归责也是在确定了事实的因果关系的前提下，就结果归属进行的规范判断。只不过相当因果关系理论就各种介入因素的讨论更为具体细致，也更有实用价值，[1] 因此，逐渐被我国刑法理论和司法实践所接受。但是，客观归责理论作为另一种规范评价理论，有利于深化对结果归责的理解，同样值得借鉴。

第二，相当因果关系理论虽然简约、实用，已经在司法考试和司法实践中占据了主导地位，但不可否认的是，"相当性"的判断缺乏规范性。我国刑法学界具有代表性的观点是："相当性的内容并不明确，即什么样的行为导致结果是相当的，什么样的行为导致结果是不相当的，并没有明确的标准。所谓一般人认为是相当的，是一个抽象的标准，而不是容易操作的具体标准。"[2] 由于判定标准的抽象，可能存在司法认定过程中的武断或不求甚解、规避问题，导致逻辑论证缺乏说服力。虽然相当因果关系理论和客观归责理论均是结果归责的理论，二者存在学说上的血缘关系，但是，客观归责论者一般不认为相当性理论是客观归责学说，主要理由就在于"相当判断标准的宽泛性并不能承担有效限制由条件理论引起的责任过度扩张的任务，而需要由更具体化的客观归责判断标准来完成"。而且，"相当理论更无法解决一个远在行为人影响范围之外完全社会相当的、遥远的因果关系的案例"。[3] 如监管者在违规开具生猪出境检疫合格证的案件中，如果没有证据证明在其违规开具生猪出境检疫合格证时生猪已经使用了"瘦肉精"，那么，出境后生猪流转过程中使用了"瘦肉精"，最终导致了食品安全事故。对于此案，司法者可能得出监管者违规开具出境检疫证明的行为被违法经营者利用，进而使用"瘦肉精"，最终导致食品安全事故，监管渎职行为与最终结果之间的因果进程并非"极为异常的"，而将最终的结果归责于监管者违规开具生猪出境检疫合格证的行为。这样的结论和论证过程让人感觉混沌不清，但依相当因果关系理论却不好予以反驳。但是，如依客观归责理论，判断的关键在于违规开具生猪出境检疫合格证的行为是否创设了法所不能允许的危险，而这种特定化了的危险是否自然地产生了最终的食品安全事故。如果对于出境的生猪必须进行检疫合格后开具出境合格证方可出境这一规范的目的在于防止各种危险的产生（包括事后被违法生产经营者利用而使用

---

〔1〕 参见张明楷："也谈客观归责理论——兼与周光权、刘艳红教授商榷"，载《中外法学》2013年第2期。

〔2〕 许永安：《客观归责理论研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第25页。

〔3〕 王扬、丁芝华：《客观归责理论研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第88页。

“瘦肉精”），那么，最终的结果可归责于违法开具出境合格证的行为；但是，如果认为开具出境检疫合格证的执法行为并没有承载防止各种危险事态产生的功能，那么，在没有证据证明开具合格证时该批生猪含有“瘦肉精”，违规开具合格证的行为并没有创设相应的危险，所以不能将事后流转过程中违法生产经营者的行为所造成的结果归责于监管者。从司法实践和行政法规范设定的目的看，本案中不能将结果归责于监管者的渎职行为的观点是正确的。运用客观归责理论使分析更为清晰和有力。

第三，客观归责理论有利于从实质上判定食品安全监管渎职类犯罪的归责问题，可以作为相当因果关系理论的补强。如“瘦肉精”生猪的检疫采取的是抽检制度，[1] 即便检疫人员依规定抽检了相应比例的生猪，也无法杜绝问题猪进入下一个环节。依据客观归责理论，即便最终含有“瘦肉精”的猪肉制品进入市场，造成后果，也不能归责于监管行为。因为，抽检制度本身并不可能消灭问题生猪过关的危险，也就是说，合乎规范的抽检行为，并没有制造不被允许的危险。再如，监管者依据现有的监管条件，只能对常见的两至三种“瘦肉精”进行检测，但是，若是含有其他“瘦肉精”的猪肉产品进入市场，造成危害结果的，即便监管者没有依规定检测，此危害结果也不能归责于没有进行检测的渎职行为。虽然依据相当因果关系理论也会得出相同的结论，但是，运用客观归责理论使问题的论证更为透彻。

此外，客观归责理论以“危险性”概念为核心，不仅是关于结果能否归责于行为的理论，而且同时也是关于什么行为才是构成要件行为、什么结果才是构成要件结果的理论。[2] 虽然有学者批判其在对结果是否可以归责于行为人的判断过程中，运用了太多违法性、有责性中的内容，[3] 但是从犯罪成立论证的方法论意义上看，客观归责理论具有相当因果关系理论所不具备的说服力。如监管者在对含有 A、B 两种“瘦肉精”的生猪进行检测过程中，监管者在有检测条件的情况下没有履行 A 种“瘦肉精”的检测，而没有检测条件对此批生猪是否含有 B 种“瘦肉精”进行检测，之后导致食品安全事故的是 B 种“瘦肉精”，A 种“瘦肉精”在生猪流转过程中已经被代谢到很低的水平（对人体无害）。在此种情况下，如若依据相当因果关系说，认定的关键在于 B 种“瘦肉

---

〔1〕 参见龙新：“2013 年畜产品‘瘦肉精’抽检合格率 99.7%”，载《中国畜牧兽医报》2014 年 1 月 12 日，第 1 版。

〔2〕 参见张明楷：“也谈客观归责理论——兼与周光权、刘艳红教授商榷”，载《中外法学》2013 年第 2 期。

〔3〕 参见刘艳红：“客观归责理论：质疑与反思”，载《中外法学》2011 年第 6 期。

精”所产生的结果与监管者没有检测的行为之间是否具有“经验上的通常性”。而面对这样的判断，往往让人难以决断。但是，依据客观归责理论，在此种情形下虽然监管者的渎职行为制造了法所不允许的风险，而此种“风险”的内涵是可能导致A种“瘦肉精”问题生猪流向市场，但事实上却并没有因此种风险造成最终的结果，同时，由于B种“瘦肉精”的检测监管者是没检测条件的，因此，不能将食品安全事故的结果归责于行为人。

虽然当前我国刑法理论界关于相当因果关系理论与客观归责理论孰优孰劣的论战尘埃未定，但是，在司法实践中充分地参考客观归责理论，从多个视角和层次对疑难案件进行分析却是有价值的，因为，二者都是从规范层面上对事实因果关系认定后的限定理论。由于德国的客观归责理论建立在客观目的性的基础之上，涉及犯罪构成理论的整体性布局，有别于我国大陆刑法理论，因此，对于是否用客观归责理论取代相当因果关系理论，尚需进一步的理论探讨。

四、“瘦肉精”生猪监管的强化之道：重心从法益侵害向规范违反转移

（一）食品安全监管渎职类犯罪因果关系认定中的困境

第一，在食品安全监管渎职类犯罪案件中，对危害结果的认定存在困境。由于猪肉是家常食材，一旦进入市场，基本上当天就会被消费，当检疫机关对已上市的肉制品进行检疫时，同批次的肉制品大部分已经灭失，无法取证。当下司法实践的做法是依据抽检结果，只要符合抽检的量化要求，推定所有这一批次的猪肉都存在问题，而这一做法被认为并不符合科学原理。由于检测的成本较高，实践中不可能对所有猪肉进行“瘦肉精”检测，难以全面地评估危害结果，而且，千家万户消费了猪肉制品，到底对哪些人造成何种人身伤害，往往无法考证。此外，渎职犯罪行为所引起的危害结果，在不同渎职犯罪中内涵不同，在食品监管渎职罪中，要求造成重大食品安全事故或者造成其他严重后果，但是，至今还没有司法解释明确其标准。对于其他涉及“瘦肉精”生猪的渎职类犯罪案件，无法查明问题猪肉对人身健康的实际损害，也不能将“瘦肉精”生猪的无害化处理理解为给个人或法人、其他组织造成的经济损失。所以，审判机关多是以“给国家食品卫生安全和人民群众生命健康造成严重威胁”、“造成了恶劣的社会影响”对危害结果进行抽象地界定。

第二，产业、食品、药品等公害犯罪中，与一般结果犯不同，往往难以确定因果关系。在现有的科学技术条件下，含有特定“瘦肉精”的生猪是在哪个环节被加入的，往往无法精确判断，如若同一批次屠宰检疫的生猪来源于不同的途径，因果关系的认定就更是雾里看花。如果回避这一尴尬，动辄以“造成恶劣的社会影响”来定罪，则会明显缺乏规范性。由于现实中只是对生猪进行

抽查，因此，在下一个环节检测出“瘦肉精”，即便上一环节执法人员没有尽到职责，是否具有原因力尚存疑问。由于监管渎职因果关系的认定需要结合被监管者违法犯罪行为因果关系的认定，本身就极为复杂，而且，其监管过程本身就存在隐蔽性，很难及时发现其渎职行为，例如，养殖期间的监管人员和检疫人员与出栏时的检疫人员往往同一，缺乏相互的制约机制，在出栏检测环节无法暴露养殖环节出现的问题。因此，在司法实践中，发现问题生猪后，往往得以认定的是与之密接环节渎职行为的因果关系。如在市场上发现问题猪肉制品，容易追究的是屠宰环节的渎职行为；在运输环节发现问题生猪，往往追究的是出栏环节的渎职行为，这与强化全程化监管的整体设计目的是不相符合的。如果行为与结果之间的因果关系进程，由于没有依据科学的自然法则完全解明，就否认刑法上的因果关系，从而得出不构成食品安全犯罪和食品安全监管渎职类犯罪的结论的话，存在放纵犯罪的可能，对众多的受害者来说，既不公平也不合理。

第三，为了入罪而轻率地运用疫学因果关系理论也是不可行的。为了解决食品安全犯罪（结果犯的场合）中因果关系证明的困境，有人提出，疫学因果关系论体现了证明标准的高度盖然性以及刑法有用性与正义性之间的均衡，因此，基于食品安全犯罪的公害罪性质，决定了需要引入疫学因果关系论。〔1〕这种观点值得商榷，而且对监管渎职犯罪因果关系的认定缺乏现实意义。

疫学因果关系理论是运用流行病学证明方法证明危害公共安全犯罪的因果关系存在的一种理论，是指在原因是如何引起结果的详细机理不确定的场合，依据流行病学的统计方法，在经过大量的观察从而判定原因和结果之间有引起和被引起的一定可能性时，就可以认定因果关系是存在的。根据疫学理论，认定因子和损害之间具有因果关系，须具备以下条件：一是，该因子是在发病的一定期间之前起作用的因子；二是，该因子的作用程度越显著，患病率就越高；三是，该因子的分布消长与疫学观察记载的流行特征并不矛盾；四是，该因子作为原因起作用，与生物学并不矛盾。〔2〕由此可见，从疫学的观点确认因果关系时，某因子无须是必要条件，认定某因子与某结果具备因果关系并不排除其他原因也可能导致该结果的发生，只要证明在众多可能的原因中，该因子对结果的发生具有远远超过其他原因的高度可能性即可。〔3〕

---

〔1〕 参见左袖阳、罗婷婷：“疫学因果关系论在食品安全犯罪认定中的合理性及其限制”，载《中南大学学报（社会科学版）》2012 年第 6 期。

〔2〕 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 2007 年版，第 130 页。

〔3〕 参见焦艳玲：《药品不良反应法律救济制度研究》，知识产权出版社 2011 年版，第 127 页。

由于疫学因果关系理论毕竟是以极具抽象和模糊的可能性（或称盖然性）代替实然性来认定因果关系之存否，因此，其可能带来的不公平的危险系数很高，因此，疫学因果关系理论并未成为我国刑法学的主流观点。针对疫学因果关系理论的弊端，也有学者提出“正反因果关系”的新型模式。所谓“正反因果关系”是将正面思维与反面思维有机结合的推定因果关系模式，是将“疫学因果关系”和“间接反证因果关系”的正反结合。[1] 但是，此观点有违我国刑事诉讼法的规定，存在不当地将举证责任转移给被告方的嫌疑。“间接反证因果关系说”有减少证明对象和降低证明难度的“好处”，但是，民事案件的举证责任显然有别于刑事案件，简单地将这种民法领域的环境侵权因果关系理论运用于刑事案件是不当的。由被告人承担公诉方无法完成的证明科学意义上的因果关系存否的任务显然是强人所难。

由于疫学因果关系理论建立在统计学原理基础之上，其本身的适用范围受到限制。如果被害人人数较少不符合数据统计的要求，则无法运用疫学因果关系得出合理的结论。因此，即便考虑到正义与效率的均衡而将疫学因果关系理论运用到食品安全犯罪中，其适用范围也是有限的。即便可以运用疫学因果关系来确定被监管人的违法犯罪行为与危害结果之间的因果关系，也无法运用该理论来确认监管渎职行为与危害结果之间的因果关系，原因如下：其一，在认定食品监管渎职类犯罪中的监管人员的渎职行为与最终危害结果之间的因果关系时，是在已经进行了高度的盖然性因果关系判断基础之上再进行可能性判断，这样的判断已经过于抽象，缺乏科学根据；其二，以生产、销售不符合安全标准的食品罪（造成严重危害的场合）为例，被监管人所实施的食品安全犯罪（结果犯的场合）运用疫学因果关系的前提是已经证明行为人实施了生产、销售不符合卫生标准的食品的行为，而就渎职犯罪而言，则必须证明其渎职行为存在没有有效防止问题食品进入下一个流通环节的事实，欠缺这一事实的证明，无法运用疫学因果关系理论去证明渎职行为与最终结果之间的因果关系。

（二）食品安全监管渎职类犯罪强调规范违反的法律意义

第一，食品安全监管渎职类犯罪因果关系证明的困境一定程度上与立法和理念上强调法益侵害的结果密切相关。司法实践中，对于食品监管渎职类犯罪，总是要确定造成了什么危害结果，再予以溯及认定其与哪一环节的渎职行为存在因果关系。而依照规范违反说的逻辑，则可以避免这种因果关系认定的困境。

法益侵害说与规范违法说是在关于犯罪的本质问题上的两种对立学说。法

---

〔1〕 参见马荣春：“再论刑法因果关系”，载《当代法学》2010 年第 3 期。

益侵害说，是指行为在造成法益侵害或者引起危险时，才给予否定性评价。所以，法益侵害说在行为理论方面主张结果无价值论。对于法益，我国学者将之表述为，“法益是指根据宪法的基本原则由法所保护的、客观上可能受到侵害或威胁的生活利益；这是一般性的概念，其中，由刑法所保护的人的生活利益，则是刑法上的法益”。[1] 法益侵害说认为，犯罪的本质是对刑法所保护法益的侵害或者威胁，动用刑罚权必须是在法益受到侵害或者威胁的时候。而规范违反说认为，犯罪的本质是规范违反而不是法益侵害，刑法的目的就不应当是保护法益，而是保障规范的有效性。[2] 规范违反说注重对行为本身违反规范性进行否定性评价，主张行为无价值。“从价值取向上来看，规范违反说主张的是一种积极的刑法观，规范违反说强调的是：刑法规范是一种命令或禁止，赋予了规范接受者以具体义务，以发挥刑法规范的积极作用，促使人们自觉遵守法律，以维护社会秩序。”[3] 当前规范违反说对法益侵害说的批判，并不是规范违反说完全否定法益概念的基本性地位，而是在法益保护的同时，强调规范违反的意义。在规范论者看来，犯罪是违反社会共同体内的伦理规范，在一定程度上侵害法益的行为。由于规范论强调违法性的本质是规范违反，因此，在犯罪构成要件的设计上强调行为犯（包括抽象危险犯），而在行为犯（包括抽象危险犯）中，因果关系不是构成要件，也无需证明，因此，减轻了证明的负担。

第二，在食品安全监管渎职类犯罪中强调规范违反具有合理性。就“瘦肉精”食品安全监管渎职类犯罪而言，由于整个监管过程是过程的、动态的，监管渎职行为可能是多个。一方面，过分强调法益侵害结果，往往只能认定危害结果和与危害结果发生最密接的渎职行为之间存在因果关系，而前面各个环节的渎职行为与危害结果的因果关系却难以认定，而这些渎职行为同样具有实质的危险性；另一方面，监管人员的渎职行为与最终发生的危害结果之间具有一定间隔，其间可能会介入一系列的因素，包括被监管人的直接危害行为、“瘦肉精”在时间上的衰变、受害民众体质的不同等等，这些因素对危害结果都会产生不同程度的影响，法益侵害的结果（尤其是实害结果）难以认定，从而执法人员的渎职行为无法成立犯罪，进而无法受到处罚。基于保护广大民众的食品安全考虑，“违法性不应当从结果发生以后才开始，更应当从事前的事实入手。所以违法性的实质不完全是结果无价值，还应该包括行为无价值，危害行为的

---

〔1〕 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版 2000 年版，第 167 页。

〔2〕 参见周光权：“论刑法学中的规范违反说”，载《环球法律评论》2005 年第 2 期。

〔3〕 王安异：《刑法中的行为无价值与结果无价值研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 63 页。

样态和具体的选择手段、方法等都应该加以评价”。[1]

食品监管渎职行为本身具有规范违反性，而此类规范违反给食品安全带来了现实的危险，即便这种危险是对法益侵害的抽象的判断。如果说在其他领域强调法益侵害说的基础性地位是正确的，那么，为了保护广大民众的重大、根本利益，在食品安全领域强调规范违反也是正确的选择。而且，在食品安全领域强调规范违反是违法性的本质，还可以附带地规避因果关系的证明困境。为了限定规范违反说导致的犯罪圈扩大的风险，可以通过规定食品安全监管渎职行为的次数和影响范围加以限定犯罪的成立，如界定违规开具的检疫合格证的次数或者生猪的头数。规范论是对背反法规范的行为进行否定性评价，而不是等到危害结果发生以后再去给予否定性评价的理论。规范违反说对于犯罪的认定，是沿着“规范承认—规范破坏—规范重建”这一线索进行。[2] 其通过发挥刑法的积极的一般预防作用，使执法人员树立了规范意识，在每一个环节中、平等各部门之间、部门上下之间都能够清楚地认识到规范的不可背反性，从而指引执法人员的行为合乎规范，使他们能够各司其职，最大限度避免危害结果的发生，这对于实现食品安全监管的体系性、有效性具有现实的意义。

第三，在食品安全监管渎职类犯罪中强调规范违反，对于犯罪论体系具有深远影响。将类型化的具有危险性的行为入罪，增加抽象危险犯的立法，有利于强化规范性意识。我国刑法已经将生产、销售有毒、有害食品罪修正为行为犯（或称抽象危险犯），将生产、销售不符合安全标准的食品罪的基本犯罪构成修正为危险犯，体现了规范论在食品安全犯罪中的走强。就“瘦肉精”监管渎职犯罪而言，重心应是强化执法者的规范性意识，而不是在实害结果出现时去溯及追责。由于被监管者的食品安全犯罪与监管者的渎职犯罪共同产生危害食品安全的危险和实害，因此，在食品安全监管渎职类犯罪的犯罪类型设计中同样采用规范违反说，增加行为犯（或抽象解除犯）具有合理性。

第四，可以通过两个方面在食品安全监管渎职类犯罪中强调规范违反的意义。其一，在刑法修正之前，将“瘦肉精”监管渎职犯罪的结果界定得更为广泛，如将违规开具证明，导致一定数量的问题生猪或猪肉制品进入下一环节解释为危害结果。其二，本着对食品安全犯罪零容忍的立场，对我国食品安全监管渎职类犯罪进行全面的修订，仿照动植物检疫徇私舞弊罪的立法模式，将基本犯罪构成设计为行为犯（抽象危险犯），同时规定结果加重犯，降低该罪的入罪门槛，以强化执法者的规范性意识。同时，为了防止抽象危险犯立法所带来

---

〔1〕 陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 267 页。

〔2〕 参见周光权：“论刑法学中的规范违反说”，载《环球法律评论》2005 年第 2 期。

的对公民自由、人权的不当干预的危险，应在立法和司法两个方面关照到刑法与行政法的衔接：其一，依据我国犯罪成立条件中定性因素与定量因素相统一的关系，在创设抽象危险犯时设立次数、数量等构成要素，以此区别于行政违法行为；其二，在司法认定中，运用《刑法》总则第13条“但书”的规定，对于情节显著轻微危害不大的行为，做出不认为是犯罪的判断。[1]

食品安全监管渎职类犯罪因果关系的复杂性、多元性和过程性要求立法者和司法者转变对因果关系认定的传统认识，将食品安全监管渎职类犯罪立法和司法认定的重心从法益侵害转向规范违反，在不否定法益概念的基础性地位的同时，维护现代社会共同的规范秩序。在事实层面，依据当前的立法，为了达到科学认定渎职行为与危害结果之间引起与被引起的关系的目的，当前的检疫、检测技术和能力需要加强，要建立严密的食品安全监管体系，完善检疫手段。同时，不能为了惩治监管渎职犯罪，而降低因果关系的证明标准。在规范层面，在多大范围内归因（归责），则要在强化执法者的规范性意识与尊重执法者的人格间寻求平衡。一方面，执法者需要认真履行职责，从生猪生长到流向人们的餐桌的各个环节，监管人员都要认真履行职责，尽可能避免问题猪流入下一个环节。另一方面，食品安全监管渎职类犯罪所造成的社会危害并不是由监管人员直接造成的，在当下的执法条件下，监管人员可能即使依照规范履行监管职责，也无法避免有问题的食品被端上餐桌。食品安全监管者不是替罪羊，他们的工作积极性和自尊心需要保护，但终归，设置食品安全的防火墙依赖于他们的工作。

---

〔1〕 参见陈京春：“抽象危险犯的概念诠释与风险防控”，载《法律科学》2014年第3期。

第八节

食品添加剂的安全标准与罪量判断

付玉明 *

一、问题的提出：食品安全的社会危机

近年来，我国恶性食品安全案件接连不断发生，被国内外媒体频频曝光。值得关注的是，这其中由于食品添加剂而引发的食品安全问题却是屡见不鲜。2008 年年初，日本电视台报道，我国出口日本的饺子使日本多名民众食用后中毒，一时引起国际社会的广泛关注。[1] 该年下半年三鹿集团被爆出为提高奶粉的蛋白含量违禁添加三聚氰胺，使得食用三鹿奶粉的婴儿患上泌尿系统结石病。[2] 2011 年

---

* 西北政法大学副教授，《法律科学》编辑。

〔1〕 2008 年 1 月 30 日，日本 NHK 电视台报道说，自 2007 年 12 月底至 2008 年 1 月 22 日，日本千叶、兵库两县 3 个家庭共有 10 人，在食用了中国河北省天洋食品加工厂生产的速冻水饺后，先后出现了呕吐、腹泻等中毒症状。此后，日本厚生劳动省分别向日本各都道府县政府下达通知，要求各地方政府勒令各公司停止销售这些产品，日本食品生产厂家、食品流通企业等必须暂时停止使用中国进口的食品原材料。日本媒体对中国产“毒饺子”进行的“轰炸式”报道引起国际社会对中国食品安全问题的广泛关注。1 月 31 日，韩国也采取行动，开始对从中国进口的饺子等食品进行清查。

〔2〕 根据官方公布的数字，截至 2008 年 9 月 21 日，因使用婴幼儿奶粉而接受门诊治疗咨询且已康复的婴幼儿累计 39 965 人，正在住院的有 12 892 人，此前已治愈出院 1579 人，死亡 4 人。随后，中国国家质检总局公布，包括伊利、蒙牛、光明、圣元及雅士利在内的 22 个厂家 69 批次产品中都检出三聚氰胺。该事件引起各国高度关注，亦重创中国乳制品信誉，多个国家禁止了中国乳制品进口。

3 月 15 日，中央电视台又曝光了河南生猪养殖户在饲料中添加“瘦肉精”（盐酸克仑特罗）的事件。一起起触目惊心的食品安全案件引发了人们对食品安全的高度不信任，苏丹红、孔雀绿、一滴香、亚硝酸盐等事件也触动了消费者敏感的神经，致使不少百姓到了闻食品添加剂而“色变”的地步。

民以食为天，食品安全是攸关人民健康甚至生命的大事，更是国家关注的重大民生问题之一，而食品添加剂作为食品工业进步必不可少的东西，已经引起各方高度重视。事实证明，只要对食品添加剂合理、合法的使用，是不会对人的健康造成问题的，所以对食品添加剂如何进行有效监管已是迫在眉睫。

二、双面价值：食品添加剂的实用机能

（一）食品添加剂的正面效能

根据《食品安全法》，“食品添加剂，指为改善食品品质和色、香、味以及为防腐、保鲜和加工工艺的需要而加入食品的人工合成或者天然物质”。[1] 其可以起到提高食品质量和营养价值，改善食品感观性质，防止食品腐败变质，延长食品保藏期，便于食品加工和提高原料利用率等作用。

1. 有利于食物保存和运输，丰富了人类的餐桌

随着社会的迅猛发展，人民生活水平的日益提高，消费者对食品的要求也越来越高。为了满足消费者对食品的色、香、味、形态和质地等各方面的要求，食品添加剂成为现代食品工业必不可少的“助剂”，它大大地促进了食品工业的发展，并被誉为现代食品工业的灵魂。

食品添加剂可以明显提高食品的感官质量，满足人们的不同需要。胭脂红、苋菜红、柠檬黄、靛蓝等着色剂，它们可以改变食品的外观，增强食物的“色”，同时增强了人们的食欲；增稠剂和稳定剂可以改善或稳定冷饮食品的物理性状，使冰淇淋等冷冻食品长期保持柔软、疏松的组织结构，外观润滑细腻、口感也上佳；各种食用香精，丰富了事物的种类，使得我们可以品尝到具有各种独特风味的食品。

食品添加剂有利于食物的保存，便于食品的运输。其中我们常用的防腐剂，它可以防止由微生物引起的食品腐败变质，延长食品的保存期，同时可防止由微生物污染引起的食物中毒。抗氧化剂的作用与防腐剂类似，可以阻止或推迟食品的氧化变质，以使食品更加稳定、耐藏，特别是水果、蔬菜类。这些添加剂对食品的保藏都具有重大的意义，他们的出现使食品不再那么容易腐败，从

---

〔1〕《食品安全法》第 99 条。

而使地方特产也都可以走出家门，被输送到全国各地，甚至是全世界，人们也终于可以吃到来自远方的却仍旧美味的食品。

食品添加剂增加了食物的品种，方便了人们的生活。现在市场上已拥有多达20 000种以上的食品可供消费者选择，而这些食品在生产工程中，大都不同程度地添加了着色、增香、调味乃至其他食品添加剂。这些食品添加剂，丰富了食物的口味，使人们有了更多的选择，也正是这些众多的食品，尤其是方便食品，给人们的生活和工作带来极大的方便。

2. 保证了小康社会目标的实现，有利于社会稳定

食品添加剂可以提高食品的营养价值，这对防止营养不良和营养缺乏，促进营养平衡，提高人们健康水平具有重要意义。例如，在食品加工时适当地添加一些属于天然营养范围的食品营养强化剂，就可以大大提高食品的营养价值。人民解决了温饱，身体更加强壮健康，才能更好地投身到社会主义建设中去。

食品添加剂的使用不仅增加了食品的花色品种和提高了食品的品质，而且在生产过程中使用稳定剂、凝固剂、絮凝剂等各种添加剂能降低原材料消耗，使用消泡剂、助滤剂、稳定和凝固剂等能有利于食品的加工操作，提高产品收率，从而降低生产成本，使食品工业更加适应生产的机械化和自动化，可以产生明显的经济效益和社会效益。

总之，食品添加剂的出现不但让消费者看到了更加丰富的食品世界，餐桌上的食物不再单一，不用远行万里也可以品尝到来自全国各地甚至世界各地的食品，使得人们享受着美好食物带来的乐趣，而且它作为食品工业的灵魂，使得食品工业的现代化得以实现，增加了生产者的收益，从而提高了社会效益，促使我们向小康社会稳步前进。

（二）食品添加剂的实践乱象

1. 食品添加剂的超范围使用

我国目前允许使用的食品添加剂种类已由最初的几十种发展到现在的2300多种，涉及16个大类、23个类别。《食品添加剂使用卫生标准》GB2760中明确规定了食品添加剂的使用范围和使用量，而且按照《食品添加剂管理办法》的规定，扩大食品添加剂的使用范围需要向卫生部申报批准，但在食品生产中不按照规定执行，随意扩大添加的现象却比比皆是，其中超范围使用的品种主要是合成色素、防腐剂和甜味剂等。比如，按照国家标准要求，罐头产品中不得使用甜味剂、防腐剂，硫磺作为漂白剂只限于蜜饯、干果、干菜、粉丝、食糖等使用，若不按规定范围添加，即作为违法食品处理。又如在含乳饮料中超范围使用甘氨酸，以色素、护色剂掩盖已变质的冻鱼、肉类制品，用日落黄、胭脂红、柠檬黄、苯甲酸钠、甜蜜素等食品添加剂卤制肉制品，用色素处理大米

等。这些超范围使用食品添加剂的事件也不容忽视。

根据国家质检总局产品抽查公告统计：糖果制品（含巧克力及制品）、罐头、粮食加工品、酒类、速冻食品、肉制品、炒货食品及坚果制品、薯类和膨化食品、方便食品、水果制品、水产制品、豆制品、食糖等13大类食品不同程度地涉及食品添加剂的超范围使用。

2. 食品添加剂的超限量使用

超限量使用食品添加剂就是指，在食品生产、加工过程中所使用的食品添加剂的剂量超出了强制性标准《食品添加剂使用卫生标准》所规定能够使用的最大剂量。目前，在我国超限量使用食品添加剂的现象十分普遍，其中最突出的是面粉处理剂、防腐剂和甜味剂。比如，过氧化苯甲酰和溴酸钾作为面粉改良剂，主要起增白作用，国家标准（GB2760－2007）中规定其使用量是0.06g/kg，但实际上超量使用的现象却十分惊人。2003年国家质检总局报告，全国抽查的15 000份面粉样品，总合格率仅34.6%，不合格的主要原因即增白剂严重超标。又如，高倍合成甜味剂作为蔗糖等传统营养性甜味剂的补充，主要用于特殊限糖食品（如糖尿病、低热量、低糖），但不提倡在普通食品中大量替代蔗糖，可是其在乳饮料（如乳酸饮料等）、果汁饮料中的超限量使用现象十分严重，有些产品甚至全部使用甜味剂（主要是糖精钠和甜蜜素）或仅用少部分白砂糖。

根据国家质检总局产品抽查公告统计：糖果制品（含巧克力及制品）、酒类、蔬菜制品、炒货食品及坚果制品、调味品、水果制品、肉制品、饼干、薯类和膨化食品、乳制品、粮食加工品、食糖等12大类食品不同程度地涉及食品添加剂的超限量使用。

3. 化学添加剂的非法使用

我国在《食品添加剂使用卫生标准》（GB2760－2007）和《食品营养强化剂使用标准》（GB14880－2012）中明确规定了允许经营和使用的食品添加剂的品种。但是仍有大量的不法食品生产经营企业或加工者为了牟取私利，不顾消费者的生命与健康，在食品生产加工中违法使用国家未经批准的食品添加剂或禁止使用的化学添加剂。虽然国家质检总局有明确规定，苏丹红、吊白块、孔雀石绿、瘦肉精、工业用滑石粉等18种材料不得用作材料加工食品，但是我们仍旧在一些食物中见到他们“活跃”的身影，如荧光增白剂掺入面条、粉丝使其增白；工业原料吊白块被用于面粉漂白；用苏丹红喂养鸭禽炮制红心蛋等。

4. 产品标签上标注模糊

《预包装食品标签通则》（GB 7718－2004）规定：甜味剂、防腐剂、着色剂应标示具体名称，其他食品添加剂可以按GB 2760的规定标示具体名称或种类名称。当一种食品添加了两种或两种以上着色剂，可以标示类别名称（着色剂），

再在其后加括号，标示 GB/T12493 规定的代码。[1] 但是许多食品生产厂家为了自己的利益欺骗消费者，应该标记的不予标记，或在产品包装配料表中模糊标记，即只是标注食品添加剂的类别，却不标明具体品种，更有甚者隐瞒使用食品添加剂，在产品标识上标明“本产品不含任何添加剂”、“不含防腐剂”等词。这些行为剥夺了消费者的知情权和选择权，严重侵害了消费者的权益。

三、食品添加剂使用之管理法规及安全标准

（一）国外食品添加剂管理的法规标准

1. 美　国

在美国，食品添加剂是指有意使用的，使用后会影响食品的特征或者其自身可直接或间接成为食品成分的物质。其中出于某种特定目的而加入食品中的物质为直接添加剂；由于包装、贮存或其他加工处理过程而以痕量水平进入食品的物质属于间接添加剂，但不包括通常认为安全的物质、色素添加剂和膳食补充物。按照食品添加剂的功能，将可以直接加入食品中的食品添加剂分为 32 类。虽然在美国食品添加剂所涵盖的范围非常广泛，但其对食品添加剂使用的规制管理也是非常严厉苛刻的。

1906 年 6 月，美国政府颁布《联邦食品和药品法》（Pure Food and Drug Act），该法中涉及了食品添加剂使用的规定，这是世界上首次规定食品添加剂使用的法规。1938 年，美国修订了《联邦食品、药品和化妆品法》（The Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, FD&C Act），其中赋予食品和药物管理局（Food and Drug Administration, FDA）管理食品及食品添加剂安全的职责，规定其直接参与食品及食品添加剂标准及法规的制定与监管。FD&C Act 是现行美国食品法的基础。1958 年，美国国会通过的 FD&C Act 食品添加剂修正案又规定食品添加剂上市前必须经过 FDA 的审批，同时也要求生产者证实其使用的安全性。在美国，食用色素是从食品添加剂中分离出来单独管理的，所以 1960 年议会又通过了一项关于色素管理的法案即 FD&C Act 色素添加剂修正案，对色素的使用与上市做出一系列规定。除此以外，联邦法规（CFR）第二十一主题“食品和药品”中的 70 ~ 74，80 ~ 82 部分是关于色素的具体法规规定，170 ~ 186 部分是有关其他食品添加剂的规定，包括一般性条款（包括通则、包装和标识、安全性评估

---

[1] 中国国家标准化管理委员会：《预包装食品标签通则（GB 7718 - 2004）》，中国标准出版社 2004 年版。

等）、申请、品种名单、认证等内容。[1]

根据美国《食品和药品管理法》第402款规定，一种食品添加剂在生产和应用之前，必须经过严格、审慎的安全性评估和经由有权部门公布后，才被允许应用于其他食品的生产加工中，凡是未经评估和公布的食品添加剂都会被推定为不安全，是不允许生产和销售的。[2] 所以，一种新的食品添加剂或色素若想上市，生产商必须先向FDA申请，提供大量必要的申请资料，资料内容包括添加剂的化学和工艺学资料、毒理学测试资料，必要时还要求提供人体试验资料，这些资料涉及的方面非常的广泛，并且规定提供的有关测试记录、结果和评估等也都要非常详细和具体，而且规定在肉禽制品中要使用的添加剂还必须获得美国农业部的批准。

为了确保食品添加剂能够被食品生产加工企业严格按照要求使用，审查的过程也是极其严厉和漫长的。FDA的食品和药品委员会15天内通知申请者是否受理，并于正式受理后30天内在《联邦注册》上刊登该申请的有关信息征集各方意见。如果获得FDA批准，一般需要一年左右的时间发布更新法规，规定添加剂的使用范围、最大使用量以及标识要求。[3]

在食品添加剂上市使用后，FDA还会对其进行后续的监管，通过“有害反应监测系统（ARS）”，调查来自消费者、医师或食品工厂的投诉，并且ARS资料库可追踪投诉，确定其是否真正存在健康危害。此外，1958年以来，FDA和美国农业部（U. S. Department of Agriculfure，USDA）根据最新的科学信息，对1958年的FD&C食品添加剂补充法案豁免审批程序的两类物质进行连续监测，一旦有证据表明可能存在安全问题，联邦当局就会禁止其使用或要求进行进一步研究。

美国作为世界上使用食品添加剂最多的国家之一，其对食品添加剂使用的管理有着一套严厉而系统的法规制度，并且为了食品添加剂能够一直被食品生产企业安全的使用，从而保护消费者的合法权益，美国每年都会对现有的食品添加剂相关法律、法规以及安全标准进行重新评估和修订。

2. 日　本

根据日本《食品卫生法》第2条第2项，食品添加剂是食品制造过程中以

---

〔1〕 刘筠筠等：“美国食品添加剂的安全监管及其启示”，载《食品安全质量检测学报》2014年第1期。

〔2〕 郭雪霞等：“国内外食品添加剂管理法规与标准概述”，载《农业工程技术》2007年第6期，第53～54页。

〔3〕 李晓瑜等：“国内外食品添加剂管理的法规标准状况及分析”，载《中国食品卫生杂志》2004年第3期。

及食品加工、保存过程中作为添加、混合、浸润剂或以其他方式使用的添加成分，主要包括指定添加剂、既存添加剂、天然香料、一般食品添加剂这 4 种。其中，指定食品添加剂将近 350 种，既存食品添加剂将近 500 种，天然香精将近 615 种。

1947 年，日本厚生省公布了《食品卫生法》，对食品中化学品开始有了认定制度，引进了食品添加剂的肯定列表体系。1957 年，食品添加剂方面的法规公布使用。1966 年 3 月，日本厚生省以公定书形式出版“第一版食品添加物公定书”，这是日本首次制定的食品添加剂的标准文件，为食品添加剂制定了品种、质量标准和使用限量等法规，此公定书也在一直随着时代的进步进行着修改，现用的最新版本已经是第 7 版了。1996 年 4 月，日本厚生省公布了一批既存食品添加剂名单，文件规定名单内的品种不受《食品卫生法》的约束，允许这些物质的一切营销活动。2004 年 2 月，日本实行新修订的《食品卫生法》，对食品添加剂的管理更为严格，规定成立隶属内阁政府的食品安全委员会，负责全国食品健康影响评价、协调、监督食品安全法规的执行情况等任务，并且食品添加剂若要扩大使用范围，也必须经过委员会的批准。新修订的法律也更加注重听取食品安全委员会以及广大国民的意见，要求制定食品添加剂的相关规格标准时，应当将其目的、内容等食品添加剂使用的法律规制研究公之于众，便于公众对其进行充分的了解，从而提出创造性的意见，有利于相关法律、法规的进一步改进。随着科技进步和食品工业的发展，日本食品添加剂使用管理的法规也在不断地发展和进步。

在日本，指定添加剂的种类由卫生劳动福利部决定，同时，日本卫生劳动福利部还负责管理食品添加剂使用标准的制定和修改。申请指定一种新的食品添加剂或者申请修改一种已批准食品添加剂的使用规定的申请者应该向厚生劳动省提出申请，同时需要向卫生劳动福利部食品化学处提交申请资料，如该部认为适宜，还会再听取食品卫生委员会（Food Sanitation Council）的意见，启动咨询程序。如果委员会讨论后认为可以批准或修订标准，将向卫生和福利部提交正式报告，由该部根据一定的程序，修订食品卫生法规，整个过程通常需要 1 年时间。[1]

3. 欧　盟

根据欧盟指令[2]，食品添加剂是指无论是否具有营养价值，通常本身不作

〔1〕 Food Hygienic Society of Japan, Specifications and standards of foods, food additives, etc. 2001 - 03.

〔2〕 European Parliament and Council, Council directive on the approximation of the laws of the member states concerning food additives authorized for use in foodstuffs intended for human consumption. 1988 - 12 - 21.

为食品，也不用作食品的特征配料的物质，而是为技术目的在食品的生产、加工、制备、处理、包装、运输或储存过程中特意添加到该食品中，从而导致该物质本身或其副产物成为食品的直接或间接成分，分为26类，不包括营养强化剂、食品香料、胶基糖果中基础剂和加工助剂。

欧盟关于食品添加剂标准体系主要由一部框架指令89/107/EEC规定食品添加剂的通用要求与规定，指令要求所有允许使用的食品添加剂都要经过欧盟食品科学委员会（SCF）根据该指令附件中的基准进行安全性评估，以及分别针对色素、甜味剂、除色素和甜味剂以外的食品添加剂的这三类特定种类的食品添加剂的质量和相关纯度规格的3项指令组成。这其中94/36/EC指令是关于色素使用方面的详细规定，95/45/EC指令及其修正指令99/75/EC、2001/50/EC是针对色素的规格规定；94/35/EC指令及其修正指令96/83/EC是关于甜味剂使用方面的详细规定，95/31/EC指令及其修正指令98/66/EC，2000/51/EC、2001/52/EC是针对甜味剂的规格规定；95/2/EC指令及其修正指令96/85/EC、98/72/EC、2001/5/EC，是关于除色素和甜味剂以外所有食品添加剂使用方面的详细规定，96/77/EC及其修正指令98/86/EC、2000/63/EC、2001/30/EC是针对除色素和甜味剂以外食品添加剂的规格规定。可见，欧盟所具有的食品添加剂的监管方面的法规是细致而严谨的，但是欧盟并没有固步不前，而是随着食品工业的发展和研究的深入，不断对食品添加剂的安全标准或管理法规进行修订和更新。2002年1月28日，欧盟新食品法即欧洲议会与理事会178/2002法规正式生效，并于2003年进行了修订，这一新法为欧盟保障食品添加剂的质量安全提供了重要指导原则。2008年，欧洲议会与理事会又颁布了新的法规，即（EC）1333/2008《关于食品添加剂的法规》，该法规统一了有关食品添加剂的4个指令，同时还颁布了统一审批程序的法规（EC）1333/2008。2011年11月11日，欧盟委员会又通过了（EU）1129/2011和（EU）1130/2011法规，前者修订（EC）1333/2008的附件Ⅱ，建立允许使用的食品添加剂的统一清单以及其使用的条件；后者修订（EC）1333/2008的附件Ⅲ，建立允许使用的食品添加剂、酶、调味剂和营养素的食品添加剂统一清单以及其使用条件等内容。

欧盟有专门的通用标签指令2000/13/EC，对食品标签的总体要求是：食品标识不得令消费者对产品的属性产生误解，并规定标识必须按照成分、重量的顺序列出所有成分。要求不论单独或者混合有食品原料与其他物质的食品添加剂，包括食品用酶和食用香味料，在销售时均应在包装或者容器上标明食品添加剂标签。

欧盟食品添加剂的管理由健康和消费者保护总理事会（DG SANCO）负责，如需申请列入准许使用名单，首先需要向其提出申请，如果该理事会认为适宜，

才会要求申请者提交必要的科学资料，然后转给欧盟食品科学委员会（SCF）进行安全性评估。评估常常需要数月，这个过程要证实该添加剂能够达到其他方式不能起到的工艺作用，并且其申请的使用量水平不会危害消费者的健康，也不会误导消费者，只有被证实符合这些要求才能得到批准。如果通过，该委员会就会启动法规修正程序以便将其加入适当的指令中，这往往又需要12~18个月。最后，等到该法规通过才可以使用该添加剂，但是成员国只可暂时批准某些产品在其境内上市，如果在2年内还没有列入指令，必须停止销售。

欧盟对于食品添加剂的监管有着系统完善的立法体系，其法律、法规也在不断的更新中，并且食品添加剂的各项标准的规定都具有很强的科学性、严谨性，尤其是在通用标签上的管理，因此被很多国家效仿和借鉴。

4. 国际食品法典委员会

1962年成立的国际食品法典委员会（CAC）是由联合国粮农组织（FAO）和世界卫生组织（WHO）联合组成的世界上第一个协调国际食品标准法规的国际组织。CAC所指的食品添加剂是指那些无论是否具有营养价值，其本身通常不作为食品或食品中常见配料的物质。在食品中添加该物质是出于生产、加工、制作、处理、包装、打包、运输或储藏这些食品的技术（包括感官）要求，或者期望它或其副产物（直接或间接）正常地成为食品的一种成分，否则会影响食品的特性。该术语不包括污染物或为了保持或提高营养质量而添加的物质，这有别于中国、日本和美国对食品添加剂的定义。

食品添加剂和污染物法典委员会（CCFAC）作为CAC的一个分委员会，主要负责与食品添加剂和污染物有关的法规标准制定工作。截止到2011年7月，CAC制定、更新的关于食品添加剂的法规标准有Codex Stan 107－1981《食品添加剂销售时的标签通用标准》、CAC/GL 3－1989《食品添加剂摄入量的初步评估指南》、CAC/MISC6－2001《食品添加剂参考规格目录》、Codex Stan 192－2011《食品添加剂法典通用标准》。为了适应日益变化的世界，这些标准都是在不断地更新和修改的。

食品添加剂专家委员会（JECFA）作为CAC的又一个分委员会，主要负责以科学的立场对世界各国所用食品添加剂的安全性进行评价，其规定的食品添加剂每日允许摄入量（ADI值）在国际上被各参与国广泛应用，世界各国也都普遍接受和参考使用其制定的食品添加剂产品规格标准，因此成为该领域最为权威的标准。

（二）我国食品添加剂管理法规标准

早在1980年，我国就在国家标准局组织下成立了“全国食品添加剂标准化技术委员会”，其由卫生部、化工部、轻工业部、商业部、国家商检局等部门的

专家参加，秘书处设在卫生部食品卫生监督检验所，现为中国疾病预防控制中心营养与食品安全所。该委员会负责组织起草制定、审查食品添加剂的使用卫生标准和质量标准，并就食品添加剂的某些管理问题向政府部门提供合理化建议。其中，卫生部门主要负责食品添加剂的安全性评价和使用卫生标准的制定工作，其他部门主要负责食品添加剂的质量标准的起草制定工作，但其中涉及卫生学意义的指标，必须经卫生部门审查同意。[1]

1. 规制食品添加剂使用的法律规定

1979年颁布的《食品卫生管理条例》（《食品卫生法（试行）》的前身）中规定“食品生产、加工需在食品中使用添加剂时，必须严格遵守使用品种、剂量和使用范围的规定，严禁乱用”，我国开始有对食品添加剂的使用进行规定的法律。后来1995年颁布的《食品卫生法》中也有多条对食品添加剂的管理规定，但是都不够全面和具体。直到2009年6月1日，《食品安全法》正式实施，才有了这部迄今为止唯一的一部对食品添加剂及其生产使用过程中有关卫生和安全问题做出规定的国家法律。其中有九个条款直接对食品添加剂进行了法律规定。同年7月20日，国务院又公布实施了《食品安全法实施条例》，这又使食品添加剂的法律规定更具操作性。

2. 规制食品添加剂使用的卫生行政规章

除了这些法律对食品添加剂进行监管外，卫生部于2002年3月28日发布了新的《食品添加剂卫生管理办法》，加强食品添加剂的卫生管理，从而更有利的保障消费者的身体健康。为配合该规章的实施，卫生部制定了《食品添加剂新品种申报与受理规定》，该规定进一步明确了对食品添加剂申报材料的要求，同时，卫生部还发布了《食品添加剂生产企业卫生规范》，又对食品添加剂生产企业选址、原料采购、生产过程、贮运以及从业人员的基本卫生要求等进行了系统的规定。为了进一步规范食品添加剂的监督管理，2010年3月30日，卫生部公布施行《食品添加剂新品种管理办法》，加强对食品添加剂新品种的法律规制；同年6月1日，我国针对食品添加剂生产领域的第一部专门管理规定——《食品添加剂生产监督管理规定》正式实施。2011年4月28日，国务院办公厅又出台了《关于严厉打击食品非法添加行为切实加强食品添加剂监管的通知》，来应对近来频发的非法添加和滥用食品添加剂事件，规定所有餐饮企业和单位凡是在营业期间向消费者提供自制火锅底料、调味料、饮料，都必须在指定时间内向有关部门登记备案，并在店堂醒目位置或菜单上予以公布。

---

〔1〕 李晓瑜等：“国内外食品添加剂管理的法规标准状况及分析”，载《中国食品卫生杂志》2004年第3期。

3. 食品添加剂使用相关标准的逐步完善

1973 年由卫生部组织成立了“食品添加剂卫生标准科研协作组”，从此开始有组织、有计划地全面研究食品添加剂有关问题，在全国范围内开展食品添加剂使用情况（包括添加剂品种、用量及其质量规格）的调查研究，进行食品添加剂标准科研制定工作。1977 年，我国制定的《食品添加剂使用卫生标准》（GBⅡ50－1977）开始内部试行，其中只有几十种食品添加剂的使用标准。1981 年，在原内部试行标准 GBⅡ50－1977 的基础上修订的强制性国家标准《食品添加剂使用卫生标准》（GB2760－1981）正式公布，内容包括食品添加剂的种类、名称、适用范围、最大使用量，并附有管理办法。1986 年，在《食品添加剂使用卫生标准》（GB 2760－1981）基础上又进行了修订的《食品添加剂使用卫生标准》（GB 2760－1986）颁布，扩大是食品添加剂的使用种类。1990 年，《食品添加剂分类和代码》（GB 12493－1990）颁布，该标准参照采用了国际食品法典委员会的文件对食品添加剂进行分类和配以代码。1993 年，又颁布了《食品用香料分类与编码》（GB 14156－1993）。1994 年，《食品营养强化剂使用卫生标准》（GB 14880－1994）发布，其中列出了我国允许使用的营养强化剂的品种、使用范围和最大使用量，同时又以标准附录的形式发布了实施细则。同年颁布了《食品标签通用标准》（GB 7718－1994），该标准要求食品中食品添加剂的标示应使用 GB 2760 规定的产品名称或种类名称，其中，甜味剂、防腐剂、着色剂应标明具体名称。1996 年进行了第三次修订的《食品添加剂使用卫生标准》（GB 2760－1996）颁布，此次修订采用了 GB 12493－1990 及 GB 14156－1993 的分类及代码、编码，并增加 FEMA 编号，按英文字母次序排列，将食品添加剂按照功能分为 22 类。2004 年《预包装食品标签通则》（GB 7718－2004）颁布，其中对食品添加剂在标签上的标注标准进行了系统的规定。2007 年和 2010 年又分别发布了修订版的《食品添加剂使用卫生标准》（GB 2760－2007）和《食品添加剂使用卫生标准》（GB 2760－2010），继续增加了可使用的食品添加剂的种类。2011 年，卫生部又迅速出台了《食品添加剂使用标准》（GB2760—2011）和《预包装食品标签通则》等四项新标准，新标准整合和梳理了食品添加剂名单，使食品添加剂种类和使用范围更加明确，同时还确定了食品添加剂的使用原则。同年 7 月 5 日，卫生部又发布了《复配食品添加剂通则》（GB26687－2011），填补了我国在复配食品添加剂领域没有国家标准的空白。

由此可见，随着科技的进步、社会的发展，我国的食品添加剂使用标准也在不断地进行着改进，我们不断借鉴、吸收发达国家在食品添加剂使用方面的先进经验成果，将其运用到我国的法规标准中，以使国家对食品添加剂使用的

规定更加科学化、系统化。

四、食品添加剂滥用的规制与罪量判断

（一）食品添加剂滥用的规制

1. 完善法律法规，强化执法力度

迄今为止，《食品安全法》是我国唯一的一部有关食品添加剂的使用及其卫生标准管理的法律法规，不容置疑的是其颁布实施的近五年，取得了显著的成绩，对我国食品添加剂的管理做出了巨大的贡献，但是随着时代的变迁以及社会各方面的进步，该法也不可回避地出现了法律法规滞后的情况，已经跟不上层出不穷的各种新出现的违法违规行为的脚步。再者，我国刑法中对于惩戒食品添加剂犯罪的法条与解释也不够完善与仔细，甚至有很多模糊的概念界定，这样对于一些相关的违法犯罪行为的定罪量刑的判断就无从考据。同时，我国法律对于食品添加剂方面的非法行为处罚过轻，例如，《食品安全法》中规定，生产、经营有毒、有害食品行为，货值金额不足1万元的，并处2000元以上5万元以下罚款；货值金额1万元以上的，并处货值金额5倍以上10倍以下罚款。可喜的是，2014年6月30日向社会征求意见的《食品安全法》修订草案大幅提升了罚款幅度。

因此，首先，我们应抓紧修订《食品安全法》，使其可以紧跟犯罪的新形势、新情况和新动向，让不法分子无法再钻法律的空子。同时，对于刑法中的相关条文及时进行补充与细化，这要才可以依法进行定罪量刑，使满足犯罪的条件更加清晰明了，也可以很好地预防犯罪的发生。其次，要加大惩治力度，严厉打击不法商贩的违法行为，在加重罚款、罚金刑的同时还可以采取将企业加入“黑名单”、吊销营业执照等措施，加重相关责任人的违法成本，以达到震慑违法行为的目的。最后，在相关法律法规完善的条件下，要强化执法力度，通过提高执法人员的专业素养，达到依法办事、严格执法、违法必究的效果，严厉打击食品添加剂滥用现象。

2. 完善标准体系，健全检测制度

《食品添加剂使用卫生标准》（GB2760）自其颁布到2011年经过了多次的修订，但是仍存在跟不上现有形势的问题。首先，由于修订多数是增加可使用食品添加剂的种类，结果导致规定对食品添加剂的使用范围、食品分类不够科学、规范和统一，并且某些品种使用量的规定不合理，国际上已经普遍禁止使用的品种我国还没有取消其使用。因此，也致使企业对其的获得、查阅、使用产生不便。其次，我国缺乏对添加剂的品种质量标准，目前已经批准的一千五百多种添加剂中，仅有二百五十多种有国家标准，这样监管部门很难做出正确

的判断，对食品添加剂的监管有很大的影响。最后，我国食品添加剂的检测体制也不够完善，存在食品添加剂还缺乏相应的检测方法，例如，残留量检测方法，现存的许多检测方法已经不适应使用现状，许多方法还不够普及等问题。

综上，我们要完善食品添加剂的标准，进一步对《食品添加剂使用卫生标准》进行修订，使其各方面做到科学化、系统化，增加那些在我国使用范围极广的食品添加剂，同时对其规定合理的标准。对于现存的国家标准，定期进行评估，以免其低于食品安全要求的水平，并尽量与国际先进标准接轨。组织国内外有关专家们加快制定相关食品添加剂质量标准的步伐，使监管部门的管理更有依据。同时，国家也应对食品添加剂安全性进行研究，填补缺少的重要食品添加剂的检测的缺口，更新检测技术，采用一些更高效、准确和方便的检测方法，并对所有的检测技术进行普及，健全检测体制。

3. 改革监管体制，加强监管力度

我国对食品安全的监管模式是分段监管模式，即实行的是国家食品安全委员会统筹指导下的各部门负责食品不同环节的监管。这样的模式下，食品安全监管权划归于卫生、农业、质检、工商、药监等多个监督部门共有，因此，常出现分段执法、各执一法、重复执法等现象，而且还会出现相互推诿、监管空白的现象。

为解决这些问题，我们可以借鉴西方发达国家所采用的不同部门负责不同种类食品的监管模式。该监管方式的优点是比较容易厘清各部门的职责划分，因此，每一种食品都有专门部门全程监管到底，就不会产生重复执法和监管空白等这些在分段监管模式下容易出现的现象。但问题是，我国在短期内很难将原本划归于卫生、工商等部门行使的监管权力交由一个统一的监管机构独立行使，因此，现阶段我们只能在原本的制度下进行改革和完善。首先，必须明确卫生、农业、质检、工商、药监等各部门的具体监督职责，以及生产、销售、使用单位的内部管理职责，这样各部门才能各司其职，从而有利于形成共同监管的氛围。其次，不同种类的食品最好由卫生、工商等部门进行监管，同时指定其中一个部门统一管理食品添加剂的生产与使用。最后，各个部门要各司其职、通力协作，做到把监管覆盖到食品或食品添加剂生产、使用、流通环节的整个过程，实现综合治理的格局。主管食品添加剂领域的监管部门要提高自己在监管方面的素质，了解相关法律法规标准，从而在工作中积极、主动地发现食品添加剂在日常应用中存在的各种问题，并及时采取措施避免食品添加剂滥用事件的发生，坚决杜绝惰性执法，加强监管的力度，让滥用食品添加剂的事件少发生。

4. 建立信息平台，加强舆论监督

随着食品添加剂问题的频繁出现，人们开始对食品添加剂有了一定的了解，但说到底大家所了解的无非是“哪些食品不能吃，因为添加了何种添加剂”这类的比较浅显的层面。所以我们非常有必要建立一些大众信息平台，对相关知识、法律法规和标准等对人民群众乃至食品从业人员进行普及，让生产者、销售者了解相关信息，以免其犯错，让消费者也了解相关的知识，从而更好地保护自己的权益。除此之外，还可以通过信息平台让人民群众参与到卫生标准、产品标准、管理办法等的修订工作中，主动倾听企业、专家、消费者的意见，使得信息更加透明化。

社会舆论在当今这种信息化、媒体化的时代是一种强大的公共管理武器，客观、公正的社会舆论可以有效地约束企业的不法行为，对其进行监管。通过新闻媒体、报纸、互联网、微博等这些信息传播、分享平台，可以更快捷、高效及时地对某一事件进行追踪爆料，从而引起群众、网友的讨论，形成强大的舆论浪潮，对违法生产加工食品的企业、个人形成威慑，从而达到舆论引导与监管的作用。

（二）食品添加剂领域犯罪的罪量判断

1. 在食品添加剂的生产环节

（1）未经许可擅自生产食品添加剂的行为。根据2013年5月2日最高人民法院、最高人民检察院出台的《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条：“以提供给他人生产、销售食品为目的，违反国家规定，生产、销售国家禁止用于食品生产、销售的非食品原料，情节严重的，依照刑法第225条的规定以非法经营罪定罪处罚。”此罪可按刑法第225条的非法经营罪论处，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上5倍以下罚金或者没收财产”。

按公安部经济犯罪立案标准，个人未经许可擅自生产食品添加剂非法经营数额在5万元以上，或者违法所得数额在1万元以上的以非法经营罪论处；单位非法经营数额在50万元以上，或者违法所得数额在10万元以上的以非法经营罪论处。

（2）不按有关标准和质量安全控制要求生产食品添加剂的行为。根据《刑法》第140条，生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额在5万元以上的以生产、销售伪劣产品罪论处”的规定和2001年4月9日最高人民法院和最高人民检察院联合出台的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1

条中对“在产品中掺杂、掺假”、“以假充真”等的解释，该行为可按此罪定罪量刑。

（3）在复配食品添加剂生产过程中使用非食用物质甚至是有毒、有害物质的行为。根据2013年5月4日最高人民法院、最高人民检察院出台的《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条规定，行为人若为了增强色、香、味或防腐而掺入非食品原料，且无明显证据证明是有毒、有害的，则该行为不构成生产、销售有毒、有害食品罪。但如果行为人的销售金额达到5万元以上，要按生产、销售伪劣产品罪论处。反之，若行为人添加的是有毒、有害的非食用原料，则成立生产、销售有毒、有害食品罪，按刑法第144条论处。

（4）标识不明。《食品安全法》第47、48条规定，食品添加剂要有标签、说明书和包装，其上应对食品添加剂的成分、保质期、生产者信息、使用范围、用量做明确的记载，不得含有虚假、夸大的内容，不得涉及疾病预防、治疗功能。现在市场中标识不明的现象很严重，但是《刑法》中没有具体的依据可对该行为进行定罪量刑。

2. 在添加剂的使用环节

（1）滥用食品添加剂的行为。滥用食品添加剂的行为包括超范围使用和超量使用这两类，根据《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第8条第1款：“在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，违反食品安全标准，超限量或者超范围滥用食品添加剂，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，依照刑法第143条的规定以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚”的规定，滥用食品添加剂的行为要按刑法第143条的生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚，该法条中规定行为人的行为只要是“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”，即可成立犯罪，不要求确已造成实害。

（2）化学添加剂的非法添加。《解释》第9条规定：“在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，掺入有毒、有害的非食品原料，或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品的，依照刑法第144条的规定以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。”而且解释第20条明确规定“法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质；国务院有关部门公布的《食品中可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的物质”为“有毒、有害的非食品原料”，不可进行非法添加，否则按照刑法第144条定罪处罚。

第九节

论生产、销售不符合安全标准的食品行为行政不法与刑事不法的区分

谭 堃 *

我国《刑法》中规定的食品安全犯罪在进入刑法规制之前，相似的行为也是《食品安全法》这一行政法律禁止的行为。类似食品安全犯罪这种行政犯罪的行为同样被行政法律所禁止，且刑法与行政法在对行为进行规定时，采用的是完全相同的行为构成的情况在我国立法中比比皆是。这种立法模式使得行政犯中行政不法与刑事不法的界分这一理论上长久争论的问题变得更为复杂，实践中也常常产生界分的难题，进而影响到刑罚的合理界限。本文所探讨的生产、销售不符合安全标准的食品行为在立法上就属于这种情况，《刑法》与《食品安全法》对该行为的规定是相同的，那么如何界分这种行为的行政不法与刑事不法，进而为生产、销售不符合安全标准的食品罪划定合理的处罚范围就是需要探讨的问题。

一、区分行政不法与刑事不法的理论与实践

（一）区分行政不法与刑事不法的理论纷争

行政不法与刑事不法的区分，是理论上长期争论的问题，由此也形成了不同的学说见解，主要包括以下三种不同的观点：

---

* 西北政法大学刑事法学院讲师，法学博士。

1. 质的差别说

质的差别说认为，行政不法与刑事不法存在质的差别。行政不法并不是在量上较之刑事不法轻微，而是在本质上就是不同类别的不法。质的差别说在不同的学者之间又有不同的见解。

（1）法益侵害样态差别说。该说主张以对法益侵害的样态的差别来区分行政犯与刑事犯。行为侵害法益的样态可以分为侵害法益的行为和对法益产生危险的行为。侵害法益的行为是刑事犯，对法益产生危险的是行政犯。我国有学者主张“立法者应该努力探讨实害犯与危险犯，在实害犯内部探讨不同的法益侵害方式，以及行为故意或者过失等，特定的行为目的等行为主观方面的差别所反映的不法与罪责的程度差别，作为我们在罪量方面考察的量化标准，并以此作为划分行政不法与刑事不法的立法上的依据。例如，可以考虑尽量将实害行为和存在具体的法益侵害危险的行为规定为犯罪行为，而对那些仅仅违反行政规定，还没有给法益带来即将实现的具体危害的抽象的危险行为作为行政不法予以规定”。[1] 这种观点实际上采取的也是法益侵害样态差别说的立场。

但是，一方面，立法中行政不法行为不乏由侵害犯与具体危险犯构成的情况。另一方面，随着法益保护的早期化，抽象危险犯在刑法中呈现着扩张的趋势。例如，《刑法修正案（八）》对生产、销售假药罪作了修正，删除了“足以严重危害人体健康的”要件，使得生产、销售假药罪由具体危险犯转变成了抽象危险犯，[2] 就是其中之适例。因此，试图以法益侵害样态差别说来为行政不法与刑事不法划定明确的界限提供合理说明是难以实现的。

（2）被侵害对象性质差别说。该说以行为所侵害的对象的性质即法益差别来区分行政犯与刑事犯。但是，法益的概念本身就存在一定的争议，特别是近现代以来，法益概念的抽象化，在公共秩序也成为一种法益的时候，如何以被侵害对象性质差别说为标准区分行政不法和刑事不法就会成为问题。

（3）被侵害规范性质差别说。主张以被侵害的规范的性质的差别来区分行政不法与刑事不法的是德国学者 M. E. Mayer。众所周知，在刑法理论上，Mayer 以在规范论上提出了文化规范的概念而为其重大的贡献之一。Mayer 认为，“法规范只是对于国家机关裁判、执法的依据，而对一般公民而言则很难了解其内容，很难发挥命令和禁止的功能；相反，支配人们日常生活的是‘文化规范’，

---

〔1〕 王莹：“论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思”，载《河北法学》2008 年第 10 期。

〔2〕 亦有观点认为，该罪修正后既是抽象危险犯也是行为犯。参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第 5 版），北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版，第 378 页。

即构成人们行为之命令和禁止的是宗教、道德、风俗、习惯、买卖规则、职业规则等，并非一般的法规范。”[1] 因此，违法性就是对国家所承认的文化规范的违反。但是，Mayer 的文化规范理论本身却存在疑问，难以为行政不法与刑事不法的区别提供合理的依据。文化规范由于在规范性上的薄弱，使得其难以具有具体的内容，因此，以这种不明确的概念来解释犯罪行为的规范违反，难言妥当。

（4）社会伦理差别说。该说以行为是否具备社会伦理价值上的无价值内涵为区分行政不法和刑事不法的标准。其认为，刑事犯是一种伦理的不法。特别是属于自然犯罪的杀人、强奸、纵火与窃盗等，其处罚的前提很显然地可以看出是一种自然法的与宗教的及伦理道德的禁止规范，这种禁止规范在法律规范尚未订立之前早已存在。此种在自然传统的社会价值观念上认为其属犯罪的行为为刑事犯，因此，刑事犯是具有社会伦理的无价值内容的不法行为。刑法也是具有社会伦理特性的法规范。相对的，行政犯则非社会伦理的产物，在社会伦理上是无足轻重的，而且也是价值中立的，它只是触犯不含社会伦理基本价值的行政规章或是秩序法规，在实质上并不是针对社会伦理的基本价值所为的不法。它不含有社会伦理的无价值内容，也即不具社会伦理道德的非难性。[2]

该说不但没有明确何为社会伦理，而且从任何不法行为都与社会伦理相关的见解出发，其主张并不妥当。而且，一方面，不是所有受到社会伦理谴责的行为都会作为犯罪来处理的，例如，通奸行为本身违反了社会伦理，但是其并不是一种犯罪行为。另一方面，“自然犯、刑事犯以社会伦理规范为基础，却不是社会伦理规范本身”，[3] 唯有通过法律的确认，违反社会伦理的行为才会作为犯罪来处理。而“原本与社会伦理无关的行为，当它在刑法上被作为犯罪来处罚的时候，就产生了与社会伦理的联系”。[4] 所以，在行政不法与刑事不法的区分上过分强调行为是否违反了社会伦理并没有太大的用处。

2. 量的差别说

该说强调刑法体系的一体性，从根本上否认行政犯与刑事犯之间存有质的差异，认为二者的本质均属可罚的行为，行政犯也属犯罪的一种，当其与刑事犯同具构成要件该当性、违法性及有责性时，即应受到刑罚的科处，二者之间

---

〔1〕 马克昌主编：《近代西方刑法学说史》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 309 页。

〔2〕 参见黄明儒：《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》，武汉大学 2002 年博士学位论文。

〔3〕［日］大塚仁等：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 19 页。

〔4〕［日］大塚仁等：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 19 页。

在质的方面并无不同，若两者存有差异，则必定是在行为、违法性与责任大小、轻重程度标准上具有量的差异。也即在不法行为之中，除民事责任及公务员的行政责任外一般人的不法行为均属不法类型，只是一种比刑事犯具有较轻的损害性与危险性的不法行为，或是在行为方式上欠缺如刑事犯的高度可责性的不法行为，行政犯或违警犯在事实上只是一种轻微罪行，与刑事犯只是程度的不同。而且行政犯与刑事犯之间量的差异往往因时空的移动发生变异，而导致二者之间的相互转化，即刑事犯的行政犯化，行政犯的刑事犯化，二者之间不存在绝对的差异。[1]

我国立法中存在大量的以量上的差别来区分行政不法与刑事不法的情况。诸如“情节严重”、“数额较大”、“后果严重”等的规定，都是量的程度的差别。而且，通过司法解释对这些量的程度的细化规定来看，往往涉及的都是客观的情节，行为人主观方面的因素较少涉及。因此，“我国刑事不法与行政不法之间的区别，基本上也就成为客观的不法含量的区别”。[2]

尽管如此，也不能完全否定行政不法与刑事不法之间的质的差别。刑法作为对行为人施以最严厉惩罚的法律，其规制的对象所具有的不法性质必然与其他部门法中的行为不法存在本质区别。试图仅仅以量的差别来区分行政不法与刑事不法，只会使得两者的界限更为模糊，最后只能完全交由司法者进行判断，难免存在极大的不明确之处。

3. 质与量的差别说

该说认为，行政不法与刑事不法不仅在不法的量上，而且在不法的本质上也存在区别。刑事不法行为在本质上具有较深程度的社会伦理非难性，而且在量上具有较高程度的损害性和社会危险性；相对地，行政不法行为在本质上具有较低的伦理可谴责性，或者不具有社会伦理的非难内容，而且在量上不具有重大的损害性和社会危险性。[3]

我国也有学者采取的是质与量的差别说，例如，有学者认为，“质与量的差异理论较为全面地解决了行政不法与刑事不法的区别问题。当然，不法行为无论是质还是量都是由行为的社会危害性和行为人的人身危险性决定的”。[4] 对此观点笔者存在疑问。尚且不论质与量的差别说是否妥当，在行为不法判断的

---

〔1〕 参见黄明儒：《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》，武汉大学2002年博士学位论文。

〔2〕 王莹：“论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思”，载《河北法学》2008年第10期。

〔3〕 参见黄河：《行政刑法比较研究》，中国方正出版社2001年版，第31页。

〔4〕 黄河：《行政刑法比较研究》，中国方正出版社2001年版，第38页。

过程中加入行为人的人身危险性的内容，无疑是主观不法论的立场。基于现代刑法理论客观不法论的基本立场以及主观不法论自身存在的缺陷，这种观点为本文所不采。

(二)《刑法》第143条的立法选择

如上所述，我国立法中，对行政不法与刑事不法的区别往往体现在量的差别上，而且这种量的差别又往往以客观内容为标准。但是，立法上区别行政不法与刑事不法也并不仅限于这种模式。具体到《刑法》第143条规定的生产、销售不符合安全标准的食品罪，立法上采取的是抽象危险与具体危险的区别方式。

生产、销售不符合安全标准的食品行为在《食品安全法》第28条有具体规定，即“禁止生产经营下列食品：(一)用非食品原料生产的食品或者添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康物质的食品，或者用回收食品作为原料生产的食品；(二)致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品；(三)营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品；(四)腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品；(五)病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品；(六)未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类，或者未经检验或者检验不合格的肉类制品；(七)被包装材料、容器、运输工具等污染的食品；(八)超过保质期的食品；(九)无标签的预包装食品；(十)国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品；(十一)其他不符合食品安全标准或者要求的食品。”

相应的，《刑法》第143条规定了生产、销售不符合安全标准的食品罪，该条规定，“生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”对生产、销售不符合安全标准的食品的行为，《刑法》并无不同的特殊规定，只是通过“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”这一限制条件将该罪设定为具体的危险犯。也即要成立生产、销售不符合安全标准的食品罪，除了要实施生产、销售不符合安全标准的食品的行为之外，还需由该种行为导致了“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的具体危险。

由上述关于行政不法与刑事不法区分的理论来看，《刑法》第143条的立法实际上采用的是质的差别说中的法益侵害样态差别说，即生产、销售不符合安全标准的食品行为在行政法中只要违反法律的禁令，实施了不法的行为，产生了抽象的危险，就具有行政不法。而实施生产、销售不符合安全标准的食品的

行为只有在产生了具体危险“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患”的时候，才具有刑事不法，构成生产、销售不符合安全标准的食品罪，立法试图在本质上区分该种行为的行政不法与刑事不法的意图是明显的。

（三）司法解释对立法意图的背弃

2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》对该罪中的“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”进行了细化规定，即“生产、销售不符合食品安全标准的食品，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百四十三条规定的‘足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病’：（一）含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的；（二）属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的；（三）属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的；（四）婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的；（五）其他足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形。”

该司法解释除了《食品安全法》第28条规定的各项内容在《刑法》中作为其他犯罪处理的之外，在关于生产、销售不符合安全标准的食品罪方面，可谓是对《食品安全法》内容的原样复制。[1] 那么，实际上，不存在该司法解释，在判案的过程中直接适用《食品安全法》第28条规定的内容，只是在必要的时候作危害程度的严重性的认定，就可以判断何为“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”了。一方面，使得某些生产、销售不符合安全标准的食品的行为的行政不法与刑事不法的区分仅仅存在于量的差异之上。例如，上述司法解释中，“（一）含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的；（四）婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的；（五）其他足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形”的规定，加入了“严重”的表述，试图在不法的量上与行政不法相区别。

另一方面，由司法解释的内容可见，在判断某些行为是否“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”时，可以直接援用属于行政法规的《食品安全法》的行为规范。也即，属于《食品安全法》所禁止的行为等同于《刑法》上所禁止的“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的行为。例如，2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全

---

〔1〕 仅仅在可以标明量的第（一）项和第（四）项加了“严重”，以示该种犯罪行为具有较之行政不法更严重的违法性和危害性。

刑事案件适用法律若干问题的解释》规定中，“（二）属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的”以及“（三）属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的”两项内容与《食品安全法》的规定内容完全相同，那么，在行为人实施上述行为时，就可以一概认定为成立生产、销售不符合安全标准的食品罪，“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”这种具体危险的产生对该犯罪的成立毫无限制作用。即只要行为人实施了违反行政规范的行为，就可以直接判定其违反了刑法规范，构成了刑事不法。这样的规定显然使得行政不法与刑事不法的界限完全被消除，不当地扩大了刑罚处罚的范围。

将行政规范等同于刑法规范，会不当地扩大刑罚处罚的范围，进而会违背刑法谦抑性原则。可以从下述案例中来进一步探讨这个问题。金某菊生产、销售不符合安全标准的食品案中，2013 年 3 月份以来，被告人金某菊在加工包子时，使用自己购买的散装盐拌馅，并将加工后的包子销售给他人食用。2013 年 7 月 25 日，许昌市盐业管理局工作人员在金某菊家中当场查获未使用的散装盐 10 公斤。经鉴定，该散装盐中未加碘，足以造成食用者碘缺乏引起的食源性疾病。法院判决被告人金某菊犯生产、销售不符合安全标准的食品罪，判处拘役 2 个月，并处罚金人民币 5000 元。[1] 该案中，行政法规中明确禁止无碘盐的生产与销售，而使用无碘盐生产产品，自然也在禁止之列。许多情况下可以认为，违反了行政法规的行为确实足以造成刑法上的危险，但是这又不是绝对的。该案中，行为人的确违反了行政法规上的行为规范，生产了不符合安全标准的食品，但是这种行为是否就足以造成刑法上的“严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的危险呢？笔者认为，这里存在进一步探讨的必要。

众所周知，人体内缺乏碘，甲状腺类疾病发病率会提高，也正是为了预防该类疾病，我国才要求对国民提供加碘盐。但是，也应当看到，人体碘的 80% ~ 90% 来自食物，10% ~20% 通过饮水获得，5% 的碘来自空气。因此，食物中的碘是人体碘的主要来源，但是不是唯一来源。上述案件中，行为人使用无碘盐生产包子，确实违反了《食品安全法》禁止生产不符合安全标准的产品的行为规范，但是这种行为是否就是违反《刑法》上的行为规范，实施了“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的行为存在疑问。以生活常识来看，想必很少有人每天都以包子为唯一食物来源，更难以想象有多少人日复一日都以同一家生产的包子为唯一的食物来源。也即，在该行为人处购买包子的

〔1〕（2014）襄刑初字第 78 号。

顾客尽管食用了无碘盐生产的包子，但是不能说其完全未从其他途径获得碘的补充。由此可见，行为人的行为并不能造成“严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”。那么，以行政法规中的行为规范的违反来等同于刑法中行为规范的违反，进而直接指导刑法的适用就是存在问题的。

总之，笔者认为，上述司法解释对《刑法》第 143 条从本质上区分生产、销售不符合安全标准的食品的行为的行政不法和刑事不法的立法意图有所曲解，并最终导致该种行为在行政不法与刑事不法的区分上仅存在量上的区别，在某些类型的行为上甚至彻底丧失了区别。司法解释的这种规定使得刑罚的处罚范围失去了必要的界限，有损刑法的谦抑性，难言妥当。笔者认为，应当返回立法，从本质上区分生产、销售不符合安全标准的食品的行为的行政不法和刑事不法的原意。那么，两者的本质区别又在何处呢?

二、规范论下行政不法与刑事不法质的区别

刑法的目的在于保护法益。结果无价值论者所主张的客观的评价规范论认为，在规范的命令规范机能之前，存在着评价规范机能，客观评价规范的违反在不法中予以确定；而意思决定规范或者命令规范违反在责任中进行检讨。这样的意思决定规范不过是事后的针对单个行为人的判断。但是，对杀人者科处刑罚不可能使被害人死而复生；对故意毁坏财物者处以刑罚也不可能使被损害的财物复原。如此，从保护法益的角度来看，刑罚往往姗姗来迟。因此，为了妥当保护法益，刑法应当具有对法益的预防性的保护，这便是行为规范存在的基础与必要性。所以，本文认为，刑法是通过两种方法来达到保护法益的目的的。其一，是通过行为规范来规制国民的行为，使其避免实施侵害法益的行为来达到保护法益的目的。其二，是对侵害法益的行为加以制裁，增强国民的规范信赖，同时通过对实施侵害法益行为的人科处刑罚达到对国民的威吓效果，提高国民行为规范遵守的意识，进而达到保护法益的目的。因此，一般认为，刑法规范既是行为规范也是制裁规范。行为规范为国民的行为提供指引；而制裁规范通过对违反行为规范者加以制裁来强化行为规范。但是，行为规范源自何处不是没有争论的，行为规范与制裁规范的对象也未必明确，进而规范违反与构成要件该当性以及违法性的关系如何也有进一步探讨的必要。就这些问题，刑法理论上存在争议。

（一）言语行为论与行为规范的渊源论

规范论首先面对的问题是，刑罚法规是否内含了行为规范，制裁规范与行为规范如何在论理的关系上内在于同一法条?对此问题，从规范论的最早提出者 Binding 开始，就是理论探讨的核心。

Binding认为，犯罪人不是实施了违反刑罚法规的行为，相反，其所实施的是符合刑罚法规前句所确定的构成要件的行为。因此，犯罪人不是违反了刑罚法规，而是违反了作为刑罚法规之前提的对行为人一定行为的禁止或命令的规范。[1] 进而，规范是存在于刑法之外的，具有独立于刑法的意义就成为当然结论。日本学者宫本英修基本采纳了Binding的规范论的主张，认为由于犯罪是违反规范而符合了刑法，所以刑法是以规范为前提的，而规范绝不是以刑法为前提的。规范与刑法是相分离的。[2] 规范是事前存在的行为规范，以及事后作为评价规范而起作用的。宫本英修的规范论中，规范违反是与构成要件也即其所谓的可罚的基准类型无关系的。规范违反的行为就是违法行为，其是可罚评价的前提。进而宫本英修的犯罪论体系就是区分规范的评价与可罚的评价的二阶段的体系。规范违反也即违法判断是独立于刑法的判断。但是，宫本英修这种以其规范论为基础的犯罪论的最大问题就在于，作为违法性的行为规范违反中的规范，是作为前刑法的一般规范而与刑法相分离的独立规范，其不是通过构成要件所表现的实定法规来理解的。不论是Binding还是宫本英修，认为行为规范是独立于刑法而与构成要件没有关系的存在的观点，由于其可能存在的损害刑法罪刑法定主义的机能而不能得到支持。此外，这种规范论也不能对某些犯罪类型作出妥当的说明。例如，我国《刑法》第275条规定的故意毁坏财物罪，是只能由故意行为构成的犯罪。过失毁坏财物的行为由于在该刑罚法规中没有处罚过失犯罪的特别规定，因而是不构成犯罪的。尽管过失毁坏财物的行为在刑法上不构成犯罪，但是过失毁坏财物的行为在民法上却要承担相应的损害赔偿责任。由此可见，在刑法之外存在一般的规范的观点很难对此作出合理解释。某种行为规范实际上应当被归属于固定的部门法领域，寻求刑法领域的行为规范是不能独立于刑法规定而进行的。因此，现在关于行为规范的对象与内容的讨论基本上是建立在其与构成要件存在紧密联系的基础之上的。

如果认为行为规范不是前刑法的规范，而是被刑罚法规本身所包含的，则以"……的，处……"为规定形式的刑罚法规中如何得出禁止、命令的行为规范呢？也即如何从刑罚法规中导出行为规范呢？我国学者尽管多数认为，刑罚法规中包含有禁止、命令的行为规范，但是如何得出这一结论却是缺少论证的。笔者认为，刑罚法规作为一种语言表达，可以从言语行为论的观点来分析其真实蕴含。

言语行为理论是英国哲学家、语言哲学牛津学派的主要代表J. L. 奥斯汀

---

〔1〕［日］竹田直平：《法規範とその違反》，有斐閣1961年版，第71页。
〔2〕［日］宫本英脩：《宫本英脩著作集（第六卷）》，成文堂1990年版，第147页。

(J. L. Austin) 创立的理论。“按照传统的语言观，语言和行为是两码事，或者说，语言是一种思维工具，仅仅用来表达思想，表达抽象的意义。”〔1〕奥斯汀则认为，语言不仅是提供描述事实和状态的信息，还在于完成某些其他的行为。语言使用既是一个组词造句的过程，也是一种做事行为，〔2〕也就是说“发出话语就是实施一个行为”，〔3〕例如，说“我许诺……”的同时就完成了许诺行为本身。这就是言语行为理论的主要观点。以此为基础，奥斯汀指出，人们在说任何一句话时，实际上同时完成了三种行为，即话语行为、话语施事行为以及话语施效行为。其中，话语行为相当于说出某个有意义的语句；话语施事行为是指以一种话语施事的力量实施了诸如告知、命令、警告、承诺等行为；而话语施效行为则是经由说些什么而达到某种效果的行为，如使信服、使惊奇、使误导、劝服、制止等。〔4〕例如，当某人喊出“着火了!”说这句话实际上就完成了三种行为。一是，“着火了!”这句话本身是有意义的，他人能够理解其中的意义，因而说这句话时就完成了话语行为。二是，通过说出这句有意义的话就完成了一个告知或者警告行为，告知或者警告他人发生了火灾，产生了危险，这就完成了话语施事行为。三是，听到这句话之后，周围人群或出现惊恐而四散逃离，或齐心协力一同救火，这便是由说话产生的效果，即话语施效行为。从言语行为论出发，对某些犯罪现象也能进行妥当的说明。例如，教唆犯往往通过言语唆使他人实施犯罪，以及帮助犯中对他人提供心理的、精神的帮助的情形，仅仅以言语激励、强化他人犯罪意图，行为人并不是没有实施行为，而是在说话的过程中就实施了行为，也即，言语行为就是这里的教唆、帮助的犯罪行为。此外，《刑法》第295条规定的传授犯罪方法罪，在行为人以口头方式进行犯罪方法的传授时，言语行为就是构成要件的行为。类似的以言语行为实施构成要件行为的情况，在我国《刑法》第243条规定的诬告陷害罪、第246条规定的侮辱罪、诽谤罪以及第305条规定的伪证罪等犯罪中都有典型的存在。

刑罚法规的条文规定不过就是立法主体所进行的言语行为。以我国《刑法》第232条故意杀人罪的规定为例，“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑。”对此进行言语

---

〔1〕马海良：“言语行为论”，载《国外理论动态》2006年第12期，第61页。

〔2〕参见［英］J. L. 奥斯汀：《如何以言行事——1955年哈佛大学威廉·詹姆斯讲座》，杨玉成、赵京超译，商务印书馆2012年版，第4页。

〔3〕［英］J. L. 奥斯汀：《如何以言行事——1955年哈佛大学威廉·詹姆斯讲座》，杨玉成、赵京超译，商务印书馆2012年版，第5页。

〔4〕参见［英］J. L. 奥斯汀：《如何以言行事——1955年哈佛大学威廉·詹姆斯讲座》，杨玉成、赵京超译，商务印书馆2012年版，第94页。

行为论的分析，则首先该规定是一个具有意义的语句。对这个语句自身意义内容的分析，例如，与所杀之人相关联的人的始期与终期的标准问题，以及具体案件事实是否能够被“故意杀人的”所提示的构成要件涵摄的问题等，使得立法者在规定这一条文时就完成了话语行为。其次，通过刑法的公布，使该条规定的内容对社会之一般人产生威吓，进而起到抑制杀人犯罪的效果，这便是所谓的话语施效行为。最后，就话语施事行为来说，在刑法服从者之国民的立场上，伴随话语施事力量而存在的是对由该条前半段所记述的故意杀人行为的禁止，即此时该规定所完成的话语施事行为是“禁止杀人”这种禁止行为。而在要对杀人案件进行审判的裁判者来说，该条规定为故意杀人罪的认定提供了定型化的标准，并要求法官按照此定型化的标准处理案件。由此可见，对不同的对象，具有一个意义的条文语句会因为不同的话语施事力量而实施不同的话语施事行为。[1] 由此，刑罚法规前半段提示构成要件的部分具有两种机能，即以规范服从者为对象时所具有的行为规制机能和以裁判者为对象时提示判定标准的机能，进而刑罚法规既是行为规范也是裁判规范。因此，行为规范为刑罚法规本身所包含，而不是存在于刑罚法规之外。

结合本部分的论述，刑法中原本就存在行为规范，因此，前述Mayer所主张的以文化规范的违反来区分行政不法与刑事不法的观点是不能成立的。犯罪的本质是违反行为规范，笔者也认同以违反行为规范的不同来区分行政不法与刑事不法。但是，刑事不法行为所违反的行为规范的独特性质并不在于其属于文化规范，刑事不法行为所违反的行为规范的独特性应当从刑法中所蕴含的行为规范的内容本身去寻找。

(二) 行为规范的内容与刑事不法质的独特性

尽管行为无价值论都是以行为规范论为其规范理论之前提的，在行为无价值论看来，行为规范是对于人的意思及其行为起到统制机能的命令规范或者意思决定规范。但是就行为规范的内容的不同理解却产生了两种不同的违法论以及规范理论，这便是一元的行为无价值论与二元的行为无价值论。前者认为行为规范与结果惹起并无关联，所禁止的仅仅是事前的危险行为。后者则认为，行为规范所禁止的是与法益侵害结果相关联的侵害行为。[2] 按照一元的行为无价值论，行为规范的内容仅仅是指狭义的行为，而不包括结果。则刑法的不法以及与此相关的构成要件都专门置于行为无价值的基础之上，进而否定了结果

---

〔1〕［日］杉本一敏：“規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（上）”，载《比较法学》2004年37卷2号，第166页。

〔2〕［日］山中敬一：《刑法総論Ⅰ》，成文堂1999年版，第19页。

无价值对于不法的独立意义。这种观点的主要论据有：一是，只有行为而不是结果能成为禁止的对象。刑法禁止杀害他人，则在故意犯中禁止杀害他人的行为样态；在过失犯中禁止对他人生命有危险的行为才是可能的。结果在禁止之外，因此，也处于构成要件和不法之外。二是，由于结果的发生或者不发生在很大程度上是偶然的，因此其对不法是不重要的。[1] 例如，德国学者 Frisch 的规范论就以构成要件该当行为与结果归属相分离，行为规范与制裁规范严格界分为特点。其认为，行为规范是通过构成要件来表示的，构成要件该当的行为就是行为规范违反的行为。因此，行为的违法性是与结果以及因果关系相分离的。行为不是由于惹起了结果而被禁止，而是因为违反了命令而被禁止。[2] 通过这种规范论，Frisch 将行为规范违反的事前判断方法贯彻到底，行为规范是排除了结果惹起的狭义的行为。因此，行为规范具有事前行为指引的作用，但是不具有侵害惹起禁止或者侵害惹起回避命令的内容。Frisch 认为，构成要件该当的规范违反行为的核心不是侵害的惹起，而是在事前进行判断的“客观上被否定的危险创出”。[3] 而结果是与行为规范违反并存的制裁规范的要件。结果的发生是作为事后判断的制裁规范违反所要进行的判断。

按照这种见解，决定违法性的就仅仅是不包括结果的行为规范违反。一元的行为无价值论之所以采此种规范理论，主张将结果从不法中排除，是基于贯彻责任主义的考虑。[4] 认为结果的发生是偶然的，则如果将结果发生（结果无价值）也作为不法要素，就使得为偶然事情所左右的结果发生具有了为个人的处罚提供根据的机能，这将陷入与责任主义难以两立的（恶的）结果刑法之中。[5] 因此，在一元的行为无价值论者看来，结果不过是客观的处罚条件。这样一来，一元的行为无价值论被认为是将 Binding 的命令规范论贯彻到底的学说。[6] 但是，一元的行为无价值论的这种见解会扩大客观处罚条件的存在范围，

---

〔1〕 参见［德］Roxin：《ロクシン刑法総論：第一巻［基礎犯罪論の構造］（第三版）［翻訳第一分册］》，平野龍一監修，町野朔、吉田宣之監訳，信山社 2003 年版，第 346 页。

〔2〕 参见［日］山中敬一：“犯罪論体系における行为規範と制裁規範”，载三井誠等編：《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）》，成文堂 2007 年版，第 63 页。

〔3〕 参见［日］曽根威彦：“客観的帰属論の規範論的考察”，载《早稲田法学》1999 年 74 卷 4 号，第 171 页。

〔4〕［日］松原芳博：《犯罪概念と可罰性——客観的処罰条件と一身的処罰阻却事由について》，成文堂 1997 年版，第 176 页。

〔5〕［日］増田豊：“《紹介》Günter Stratenwerth「刑法における結果无价值の重要性について」”，载《法律論叢》1977 年 50 卷 1 号，第 106 ~ 107 页。

〔6〕［日］松原芳博：《犯罪概念と可罰性——客観的処罰条件と一身的処罰阻却事由について》，成文堂 1997 年版，第 176 页。

反而有损责任主义原则。因为客观处罚条件是与犯罪成立无关但是又规定着对行为的处罚的客观条件。客观处罚条件虽然是犯罪成立条件，却不在行为人认识或者认识可能的范围之内，有违责任主义原则。因此，立于结果无价值立场的张明楷教授就避免使用客观处罚条件的概念，而提出了“客观的超过要素”的概念，可谓具有独创性。[1] 而黎宏教授认为，责任主义原则要求，行为人只对在行为时所认识到或者所能够认识到的外部事实承担责任。承认客观处罚条件，则使行为人对没有认识或者认识可能的事实承担责任，这直接违反了《刑法》第14条的规定和刑法学中的责任主义原则，并最终落入和近代主观责任原则相冲突的、要求人们对偶然发生的结果也要承担刑事责任的偶然责任的窠臼。[2] 梁根林教授则认为，基于责任主义原则的考虑，客观处罚条件的存在只能是责任主义原则的例外。[3] 无论如何，按照一元的行为无价值论者的主张扩大客观处罚条件的范围，将结果都置于客观处罚条件的范围之内的观点是与其所主张的责任主义原则相抵触的。此外，将结果仅仅理解为与当罚性相区别的，存在于不法外部决定要罚性的一种客观处罚条件的见解，是难以与实定法中结果存在的重要作用相协调的。在刑法中存在着许多结果决定着处罚与否以及轻重，也即影响行为不法的规定。例如，在既遂与未遂中，按照一元的行为无价值论，既遂行为与未遂行为都违反了相同的行为规范，因此在不法上没有区别，进而对两者在处罚上应当相同对待。这与各国刑法关于未遂犯较既遂犯从轻、减轻处罚的规定是不相符的。此外，过失犯的可罚性就不是结果的发生，而应当是注意义务的违反，这与过失犯一般被认为是结果犯，只有发生结果才具有可罚性，予以处罚的通说观点是相抵触的。此外，在解释论上，一元的行为无价值论的主张也未必妥当。例如，在未遂犯中，一元的行为无价值论采取的是主观的未遂论，由此，则不仅是不能犯，而且迷信犯由于其具有法益侵害的意思，也被认为实现了不法。[4] 这无疑不当地扩大了处罚的范围。

本文认为，二元的行为无价值论的规范理论是妥当的，即行为规范不是仅仅以不包括结果的狭义行为为规制对象的。依照上述言语行为论对刑罚法规之规范构造的分析可见，由于一个刑罚法规具有不同的话语施事力量，依此所实施的是不同的话语施事行为，行为规范与制裁规范是同一刑罚法规所具有的不

---

〔1〕 参见张明楷：“‘客观的超过要素’概念之提倡”，载《法学研究》1999年第3期。

〔2〕 参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第194～195页。

〔3〕 参见梁根林：“责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察”，载《清华法学》2009年第2期。

〔4〕 ［德］Armin. Kanfmann：“人的不法論の現状について”，川端博訳，载《法律論叢》1982年54卷4号，第172～173页。

同作用方法。尽管实施的是不同的话语施事行为，但是其所依据的语句内容是相同的。就故意杀人罪来说，条文的语句内容是“故意杀人”，则作为行为规范是禁止故意杀人；作为裁判规范是按照故意杀人这种定型化的犯罪类型来处理案件。构成要件作为一个整体，在为行为规范的基准提供行为类型的同时，也是制裁规范的前提要件。行为规范与制裁规范在对象上是相同的，制裁规范就是要对违反行为规范的行为进行评价。从行为规范的侧面，构成要件在提示行为规范之后，又和与其相冲突的依照刑法的例外允许规范或者其他法领域的允许规范而存在的允许行为规范进行优劣关系的调整。制裁规范的侧面，犯罪的成立要件在构成要件该当性的判断之后，经过违法阻却事由的判断而具备了制裁发动的前提。无论是行为规范还是制裁规范，在构成要件的阶段上，就构成要件对行为的指导形象来说，将与国民的行动自由相关的犯罪与刑罚向其预先告知的罪刑法定主义的原则是重要的，而对法律适用者来说，通过构成要件给予其明确的适用准则同样是重要的。[1]

本文认为，行为规范中包含有禁止结果的内容，应当进行事前的判断。认为结果的发生是偶然的见解是不妥当的。以故意犯为例，行为人通过对因果关系的选择、支配来实现结果，基于这种故意行为而发生结果的情况下，结果的发生完全是必然的。即便结果未发生，也会产生结果发生的危险性，这种危险性也是结果无价值性质的，进而为不法提供基础，只是这种情况较之现实发生了法益侵害的情况在结果无价值的程度上较轻，不法的程度较低。这正是未遂犯较之既遂犯从轻处罚的根据所在。因此，结果也是禁止的对象，其与行为相结合就能够被禁止。正如 Roxin 所指出的，“从一开始，只有具体的法益侵害能够被认为是行为者的成果，这种结果才能被归责。归属论的目的，就在于将不属于行为的结果（因此是偶然的结果惹起）予以排除。在结果可以归责的情况下，行为无价值就在结果中明显地表现出来，在这个意义上结果就绝不是偶然的，而正是必然的不法构成要素”。[2] 因此，刑法中不存在没有行为无价值的结果无价值。相反，结果无价值的外在结果发生作为不法的具体表现形式，也是不可欠缺的。因此，行为规范违反的内容包括“对构成要件该当结果的因果惹起”这种结果的不法，而不是仅仅以对保护法益的危险创出这种行为无价值为内容。

---

〔1〕［日］山中敬一：“犯罪論体系における行為規範と制裁規範”，载三井誠等编：《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上卷）》，成文堂2007年版，第68页。

〔2〕［德］Roxin：《ロクシン刑法総論：第一卷［基礎犯罪論の構造］（第三版）［翻訳第一分册］》，平野龍一監修，町野朔、吉田宣之監訳，信山社2003年版，第347页。

当然，二元的行为无价值论的主张也受到批判。涉及行为规范的问题主要集中于事后发生的结果如何与事前判断的行为规范相协调，从而保持理论上的一贯性。批判的见解认为，命令规范的作用不及于结果，因此，二元的行为无价值论与其规范论基础是相矛盾的。[1] 由于行为规范具有在人们选择行为时的指引机能，因此，应当在行为开始的时点确定其内容。以行为后发生的结果溯源而上至行为指引的变动是不能允许的。[2] 由此可见，一元的行为无价值论才是将行为规范论贯彻到底的学说。对此，二元的行为无价值论内部也存在着争论。例如，野村稔教授认为，与行为规范相关的行为无价值的判断是行为时的事前判断，而与制裁规范相关的结果无价值判断是事后的判断。[3] 川端博则认为，从行为规范性的见解出发，结果的违法性也应当以行为时的情况为基础进行判断。即发生结果的客观归责应当以行为时行为人及一般人认识到的情况为基础进行判断。[4] 基于本文前述规范论的立场，即结果包含于行为规范之中，则结果无价值的判断也应当在事前进行，应当基于一般人的立场进行判断，而作为事前判断的结果无价值则应当是抽象的法益侵害及其危险。只有在制裁规范中作为制裁规范的发动条件，才是对行为以及法益的具体的侵害及其危险。

综上所述，包括结果在内的行为规范才是完整的，才能够为行为人的行为提供必要的指引。刑事不法的特性应当通过行为对包括结果在内的行为规范整体的违反来体现。因此，当刑法将对法益侵害的结果或者危险作为犯罪成立条件的时候，行为人实施行为并导致相应结果的产生才是对刑法中行为规范的违反，才能够具备相应的刑事不法。以这种行为规范的违反作为刑事不法的基础，则刑事不法在行为规范的违反上就与行政不法存在本质的差别。认为行政不法与刑事不法的区别是法益侵害样态上的差异，仍然不是在本质上对两者差别的正确把握，因为，不法本身并不仅仅体现在法益侵害上，行为样态也是其不法的构成部分。而将行政不法与刑事不法的区别仅仅着眼于行为类型上的相同性，忽视了包括结果在内的行为规范上的本质差异，自然难以明确行政不法与刑事不法的区别。

---

〔1〕 参见［日］松原芳博："刑法总论专题研究（三）"，王昭武译，载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第6期；［日］曽根威彦：《刑事違法論の研究》，成文堂1998年版，第30页。

〔2〕［日］松原芳博：《犯罪概念と可罰性——客観的処罰条件と一身的処罰阻却事由について》，成文堂1997年版，第211页。

〔3〕［日］野村稔：《未遂犯の研究》，成文堂1984年版，第145页、第303页。

〔4〕［日］植松正、川端博等：《現代刑法論争Ⅰ》，勁草書房1983年版，第289页。

三、生产、销售不符合安全标准的食品行为行政不法与刑事不法的具体区分

如果说在《刑法》和《食品安全法》中所规定的生产、销售不符合安全标准的食品的行为，在行为类型上是相同的，则如何判断“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”这种具体危险的产生就成为在行为规范违反上区别行政违法与刑事违法的关键。有学者指出，“以具体危险与抽象危险来区别刑事犯与行政犯，毋宁是质的区别说中意义最为含混的一种说法。因为何谓具体，何谓抽象，根本就是一个空泛的名词，完全不能表现其中的概念内涵，其作为区别标准的确有很大的缺陷。”[1] 但是，以其他质的差别说的标准来区分行政不法与刑事不法也会存在这样的问题。例如，法益概念的不明确、构成要件的待解释性都会导致判断标准的不明确。因此，笔者认为，不应当将批判的目光专注于此，而应当在判断标准的明确化、精致化上进行探讨。

有学者认为，“对于生产、销售不符合安全标准的食品行为判断是否存在实际或可能的危险的最合理标准，应当是相关卫生行政管理部门的鉴定结论。食品中是否含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物，只能依据国家标准，通过科学检测得出结论。”[2] 笔者认为，行为是否造成具体危险应当由司法人员进行规范的判断，不能以科学的判断替代规范的判断。科学的判断仅仅能够确定食品中所含有的有害物质的量，对于该食品是否足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的具体危险的判断却无能为力。例如，行为人制造了不符合安全标准的食品，而且该食品中所含有的有害物质严重超过安全标准。但是，经过具体判断得知，行为人制造的食品绝无可能进入流通市场，也就不可能被他人食用，在此情况下，不论行为人生产的食品具有多么严重的毒害性，也绝不可能产生足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的具体危险，也就不能构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。如此看来，以科学判断替代规范判断可能导致刑罚处罚范围的不当扩大，因而是不妥当的。

笔者认为，具体危险的判断要回到具体危险犯的基本理论上来。在具体危险的判断上，张明楷教授认为，应当“以客观的危险说为基础，但应对之进行修正，并在一定情况下兼取具体的危险说。具体方法是，以行为时存在的所有客观事实为基础，并对客观事实进行一定程度的抽象，站在行为时的立场进行

---

〔1〕 黄明儒：《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》，武汉大学2002年博士学位论文。

〔2〕 冉羣：《食品安全刑事规制研究》，法律出版社2013年版，第119页。

判断，判断的标准通常是科学的因果法则；但根据科学的因果法则判断为不具有侵害法益的危险，而从公民的法感情来看需要进行处罚时，则以一般人的认识为标准进行判断。”[1] 也有学者认为，“具体危险结果应该以行为后（事后）所调查的一切事实（包括行为人事前所了解的事实）为基础，以科学的一般人认识水平为标准，站在行为时（事前）的立场上，判断实害发生的可能性。”[2] 可见，关于具体危险判断的争论，实际上是关于判断资料、判断基准以及判断时点的不同见解。

德国学者 Buri 提出了纯粹的主观说，以因果关系的条件说为理论的核心。条件说认为，只要在行为与结果之间存在着“没有前者就没有后者”的条件关系，则行为与结果之间就存在刑法上的因果关系。由于主张所有的条件都具有同等价值，又被称为等价说。此外，其又从自然科学的角度来考察因果关系，认为“如果结果并未发生，就不存在客观的因果关系”。[3] 因此，将具体危险的判断求之于主观犯意。纯粹主观说认为，既然行为人以犯罪意思实施了行为，故即使没有发生结果，通常也存在危险，其以行为人本人认识到的事实为基础，并且以行为人本人的认识为基准判断危险的有无。纯粹主观说过分强调行为人的危险性，而没有考虑到行为的危险性的判断，是主观主义刑法的具体体现。近代以来，刑法理论经过学派之争，客观主义的刑法理论已经占据绝对主导地位，因此，纯粹主观说这种主观主义刑法理论的学说已经没有支持者，该种观点也为本文所不采。

笔者认为，在具体危险的判断上应当站在客观主义的立场上，在客观说立场上判断具体危险的是具体危险说。具体危险说最早由德国学者李斯特提出。李斯特认为，危险判断上，“具有重要意义的只有事后判断，事后的预测。作为事后判断的基础的是涉及行为时的犯罪手段的一些情况，而借助于行为人对事实的认识，一般是可以加以辨认的”。[4] 因此，具体危险说的基本观点就是，“以行为当时一般人所认识到的事实以及行为人所特别认识到的事实为基础，以行为时为标准，从一般人的立场出发，考虑在该种事实之下实施行为的话，通常是否能够实现构成要件，如果答案是肯定的话，就有发生结果的具体危险性”。[5] 具体危险说主张以一般人的认识为判断基准，强调了刑法的行为规范

[1] 张明楷：“危险犯初探”，载《清华法学评论》1998 年第 1 期。
[2] 鲜铁可：《新刑法中的危险犯》，中国检察出版社 1998 年版，第 87 页。
[3] 陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 437 页。
[4] ［德］李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 343 ~ 344 页。
[5] ［日］大谷实：《刑法总论》，黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 341 页。

的作用，与本文所主张的规范论的基本立场是相符合的，因此，笔者认为，具体危险说基本是妥当的。但是，具体危险说主张以行为当时一般人所认识到的事实以及行为人所特别认识到的事实为判断资料难免存在疑问。以行为人特别认识到的事实为判断资料，会产生与前述主观说相同的缺陷，会减损具体危险说作为客观说的作用与地位。危险的判断是一种客观的事前判断，客观上存在的事实不能不对危险的存在与否产生影响。因此，笔者认为，具体危险的判断应当以行为时存在的一切客观事实为判断资料。

具体到生产、销售不符合安全标准的食品罪，其以“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的具体危险的产生为成立条件。在判断生产、销售不符合安全标准的食品的行为是否足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病时，首先要以行为人生产、销售不符合安全标准的食品时存在的一切客观事实为根据，例如，有害细菌或者其他污染物的种类、销售的地域、人群范围、不符合安全标准的食品可能造成的危害程度等，进而站在行为时的立场进行判断，而不能考虑事后是否发生了严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的结果。之所以是事前的判断，是因为事后判断时结果发生与否都将成为必然，而危险的判断是一种可能性的判断。所谓危险，是“任何因果关系上可以解释的结果出现之前，就已经存在造成结果是可能的这样一种状态”。[1]因此，危险的判断只能在事前为之。最后，再根据医学、药理学等科学标准，判断行为人所生产、销售的不符合安全标准的食品是否足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患。在此，上文有学者提到的“相关卫生行政管理部门的鉴定结论”作为一种科学上的判断，为具体危险的判断提供了判断的依据，而不是危险判断本身。

---

〔1〕［德］沃斯·金德霍伊泽尔：“故意犯的客观和主观归责”，樊文译，载清华法律评论编委会编：《清华法律评论（第3卷第1辑）》，清华大学出版社2009年版，第155页。

第二章

食品安全犯罪的立法完善

第一节

关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考

舒洪水 *

食品是人类赖以生存的基本物质，是人们生活中最基本的必需品。每个人要生存、生活下去，就离不开食品。从1993年取消粮票制度至今，中国正在经历一场从“吃饱”向“吃好”、“吃健康”的转变。但近年来我国食品安全的问题却频频被媒体所曝光：毒奶粉、毒大米、毒面粉、塑化剂、福寿螺、苏丹红、毒火腿、毛发酱油、黑心月饼、地沟油，染色馒头，牛肉膏……直至2011年3月份曝光的双汇“瘦肉精事件”，一起起触目惊心，影响者众，轻者致病，重者要命。国人为之惊恐、为之愤怒。食品属于经济学中的“信任品”范畴，基于食品的信任品特性，重建食品生产者、销售者的道德信念，对于食品安全可能更为有效和根本。但良心的盾牌并非总是可靠，道德的血液并不总能自我生成，尤其是对企业来说。正如一位学者所言，“在以股东利益和利润最大化的组织那里，公众健康永远不是一个首要的议题”。[1] 如果没有一定的约束，食品生产者很容易在利益的驱使下铤而走险。现在我国正处于经济转型时期，单靠道德教育无以应急危害、威胁公众安全、健康的社会丑恶现象，指望某个人、某个群体的道德自省

---

* 西北政法大学教授，法学博士。

〔1〕 网友金蛇出动：“对企业来说，公众健康永远不是一个首要的议题”，载 http://forum.home.news.cn/thread/83843760/1.html，访问时间：2013年10月30日。

也不能从根本上解决问题。在法治不完善的环境下来谈道德的提升也是奢侈的，因为一旦法律“打瞌睡”，私欲便很容易挤垮道德的堤坝。

因此，食品安全违法犯罪现象的频发，固然主要原因是生产、销售者的谋利企图，但也反映了我国目前食品监管的不力、法律规制的缺失。刑法作为各部门法的最后一道屏障，理应对严重危害食品安全的行为能够做到“法网恢恢，疏而不漏”、“罪刑适应，罚当其罪”，发挥惩治危害食品安全犯罪的定海神针作用。

食品安全犯罪就是指在食品生产、销售过程中发生的犯罪活动，它直接危害的是广大人民群众的生命健康权。《刑法》规定了两条直接关于食品安全的罪名，即第143条“生产、销售不符合安全标准的食品罪”和第144条“生产、销售有毒、有害食品罪”，归类于第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第一节“生产、销售伪劣商品罪”。广义来说，危害食品安全的行为也可能会构成其他犯罪，如生产、销售伪劣产品罪、以危险方法危害公共安全罪、假冒注册商标罪等侵犯知识产权的犯罪、非法经营罪、食品监管渎职罪等。本文主要探讨直接与食品相关的“生产、销售不符合安全标准的食品罪”和“生产、销售有毒、有害食品罪”的有关立法问题及完善建议，求教于各位同仁。

一、生产、销售有毒、有害食品罪中“非食品原料”应修改为“非食用物质”

《刑法》第144条规定，“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处……”生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪对象是掺入（或掺有）有毒、有害的非食品原料的食品，其属性当然也是不符合安全标准的食品，但立法者考虑到本罪的犯罪行为在手段、情节和主观恶性上更加严重，而将本罪独立出来，并设置了更为严厉的刑罚，直至死刑。对于这样一个最高刑为死刑的罪名，其犯罪构成应当十分清晰，而且应当能确实反映出是比生产、销售不符合安全标准的食品罪更为严重的犯罪，才能达到罪刑相适应。但是，现行立法对该罪的设置达不到这样的效果，难以体现立法者的本意。

1. “非食品原料”概念模糊，易生歧义

在生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪构成中，“非食品原料”是一个相当重要的概念。如果行为人掺入的是食品原料，即使是有毒、有害的，也不构成该罪，至多是构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。那么，什么是“非食品原料”？在我国食品卫生法规中没有相关定义。从字面上看，可以有两种理解：其一，指不是以食品作为材质的原料；其二，指不能作为食品原料的物质。

学界对于“非食品原料”的认识主要有以下两种观点：一是，非食品原料与食品原料是相对的，食品原料指粮食、油料、肉类、蛋类、糖类、薯类、蔬菜类、水果、水产品、饮品、奶类等可以制造食品的基础原料。[1] 此观点的作者认为，在食品制造领域，经常使用一些非食品原料，如食品添加剂、食品强化剂。[2] 此观点是基于上述第一种理解。二是，非食品原料是指卫生部发布的《食品添加剂使用卫生标准》所列的品种以外的工业原料。[3] 此概念认为我国允许使用的食品添加剂属于食品原料。第二种观点是基于上述第二种理解。在多数情况下，上述不同观点在处理案件时不会带来麻烦，如三聚氰胺，这是一种具有微毒性的工业原料，无论采用上述哪种观点，都可以得出三聚氰胺属“非食品原料”的结论。但在食品添加剂是否属于“非食品原料”的定性上，“非食品原料”本身的字面歧义导致了两种截然相反的认识，这种认识的不同对定罪产生了重大的影响，绝不可小视。

根据《食品安全法》第99条的规定，食品添加剂是指为改善食物的品质或色、香、味、形，以及为防腐和加工的需要而加入的化学合成剂或天然物质。目前，我国食品添加剂依照其用途来进行分类，包括：为增强食品营养价值而加入的营养强化剂；为保鲜加入的防腐剂、抗氧化剂；为改善品质而加入的色素、香料、漂白粉、增味剂、甜味剂、疏松剂等；为便于加工而加入的消泡剂、脱膜剂、乳化剂、稳定剂等，以及生产辅助材料如盐、碱等。食品添加剂大多有毒，因此，食品添加剂的使用必须符合《食品添加剂使用标准》（GB2760－2011）。最新统计结果表明，我国允许使用的食品添加剂的种类共有21类，近2000个品种，[4] 如防腐剂、甜味剂、着色剂、香料等。食品添加剂多是人工合成物质，具有一定毒性，即使“天然物质”也并不等于无毒性。在一定范围内使用一定剂量食品添加剂对人体无害，但若使用不当就会给人们健康带来危害。如亚硝酸盐作为肉类制品中的发色剂，若使用过量，会引起急性中毒，而且其亚硝酸基可以与食品中一、二级胺化合为一种致癌物质亚硝胺，长期食用会使人得癌症。[5] 如今，食品添加剂的使用范围非常广泛，人工制作的食品中绝大多数都含有食品添加剂，因此食品添加剂是不是“非食品原料”的定性显得尤其重要，决定着罪与非罪，此罪与彼罪。举例来说，在行为人明知过量使用食

---

[1] 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（上），中国方正出版社2006年版，第280页。

[2] 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（上），中国方正出版社2006年版，第280页。

[3] 参见刘明祥主编：《假冒伪劣商品犯罪研究》，武汉大学出版社2000年版，第177页。

[4] 参见《我国允许使用的食品添加剂种类》，载 http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MZA4Mjg2MjkWMg==&mid=200246136&idx，访问时间：2014年11月16日。

[5] 参见倪泽仁主编：《经济犯罪刑法适用指导》，中国检察出版社2007年版，第49页。

品添加剂是有毒、有害的情况下，为了掩盖食品腐败而大量加入色素和香料导致食物中毒的，应如何定罪？如果按照上述第二种观点，认为食品添加剂属于食品原料，则不构成生产、销售有毒、有害食品罪，只能构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。如果按照上述第一种观点，认为食品添加剂属于非食品原料，则可以构成生产、销售有毒、有害食品罪。

2. “非食用物质”概念清楚，并准确地表达了立法原意

立法者设立本罪的目的是为了突出打击生产、销售有毒、有害食品的犯罪行为，由于有毒、有害食品同时也属于不符合安全标准的食品，因此，必须将两罪严格区分开来。立法者在确定本罪的犯罪行为时，强调了“掺入”的积极行为，同时强调了掺入的内容是“有毒、有害的非食品原料”，希望通过这两个限制条件将本罪与“生产、销售不符合安全标准的食品罪”区分，并且突出本罪是比“生产、销售不符合安全标准的食品罪”更严重的犯罪。但“非食品原料”所指不明大大降低了本罪的效用，食品添加剂到底是不是“非食品原料”的迥异回答严重困扰着司法人员。而“非食用物质”的意思十分明确，顾名思义，指不能食用的物质。食品添加剂显然是“非食用物质”，该提法彻底解决了食品添加剂到底是不是“非食品原料”的困扰。在我国，食品添加剂是受到卫生部严管的。《食品添加剂新品种管理办法》第5条规定：“下列食品添加剂新品种必须获得卫生部审查许可后方可生产经营或者使用：（一）未列入食品安全国家标准的食品添加剂新品种；（二）未列入卫生部公告扩大使用范围或者用量的中允许使用的食品添加剂品种；（三）。”简而言之：名单外的不得使用，名单内的不得超出规定使用。那么，在名单内的食品添加剂当然属于可食用物质。所以，对于那些违反卫生法规，过量或超范围使用食品添加剂造成食源性危害的，不属于“掺入有毒、有害的非食用物质”的行为，只能定生产、销售不符合安全标准的食品罪。

将“非食品原料”修改为“非食用物质”也是完全与立法原意吻合的，不仅使本罪的犯罪构成容易判断，而且明显是比生产、销售不符合安全标准的食品罪更为严重的罪行。生产、销售有毒、有害食品罪是重罪，立法将其设定为行为犯，一经实施即可成立犯罪，而不问是否造成危险或实害结果，所以，本罪的主观恶性应当是十分严重的。本罪是故意犯罪，按现行刑法规定，在主观方面要求行为人认识到掺入的是有毒、有害的非食品原料，或者明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而予以销售，过失不构成本罪。如果认为食品添加剂属于“非食品原料”，无疑加大了行为人的认知难度，也同时加大了司法人员对行为人主观心态的判断难度。因为通常人们会认为，既然食品添加剂是允许添加在食品中的，就不应当有毒、有害。退而言之，即使行为人在大量加入

食品添加剂时明知是有毒、有害的，却矢口否认，司法人员在办案中很难有充分证据证实其主观心态，从而最终让犯罪分子逃脱应有的惩罚。而“非食用物质”的意思非常明确，人们通过常识都可以判断，行为人想否认也很难，而且从字面感觉来看，掺入“非食用物质”是比掺入“非食品原料”更恶劣的行为。

此外，卫生部为打击在食品中违法添加非食用物质的行为，对食品添加剂超量、超范围使用进行有效监督管理，于2008年12月12日发布了《关于印发〈食品中可能违法添加的非食用物质和易滥用的食品添加剂品种名单（第一批）〉的通知》，其中不仅公布了可能违法添加的非食用物质的名单，而且提出了判定一种物质是否属于非法添加物的参考原则：一是，不属于传统上认为是食品原料的；二是，不属于批准使用的新资源食品的；三是，不属于卫生部公布的食药两用或作为普通食品管理物质的；四是，未列入我国食品添加剂［《食品添加剂使用卫生标准》（GB2760－2007）及卫生部食品添加剂公告］、营养强化剂品种名单（《食品营养强化剂使用卫生标准》（GB14880－1994）及卫生部食品添加剂公告）的；五是，其他我国法律法规允许使用物质之外的物质。可见，如今卫生法规也是使用了“非食用物质”的提法，并且为“非食用物质”的认定提供了具体方法，更有利于司法者掌握实施。因此，将“非食品原料”修改为“非食用物质”不仅具有理论的依据，更具有实践的可操作性。

二、立法规定不明确，缺乏可操作性

1. 生产、销售不符合安全标准的食品罪是具体危险犯，只有在“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的情况下才能构成本罪。而这一具体危险的鉴定难度非常大，在现实中并不具可操作性，不得不依赖司法解释，但是司法解释对此处的规定依然模糊。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定，经省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定，食品中含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物的，应认定为《刑法》第143条规定的“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患”。由此可见，何为“严重食物中毒事故、严重食源性疾患”，两高的司法解释中并未作出具体明确的规定，仍然欠缺可操作性。

刑事案件的鉴定不同于一般的行政和民商事案件的鉴定，如故意伤害案件的伤情鉴定，是由司法机关授权的机构行使，这样才能充分维护刑事司法的严肃性和权威性。对“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的鉴定，《解释》第4条规定由省级以上卫生行政部门确定的机构行使，这是否有悖于刑事司法原则？卫生行政部门的鉴定结论是否能够直接运用于刑事审判？

这是司法人员经常讨论的问题。鉴于新生效的《食品安全法》对食品的检验机构的设立作出了规定，建议刑事司法鉴定，应在国务院有关主管部门批准设立的机构中，由司法机关的委托认可后选择确定。

其实，发达国家也经历过食品安全危机，如美国的“肮脏食品加工厂”，欧洲的疯牛病，日本的毒大米。推动各国走出危机的最大启示，是用系统的制度呵护良心，用严苛的法律捍卫道德。美国法律规定，无论金额大小，只要有制假或售假的行为就构成犯罪；日本对农产品实施严格的“身份证”制度，建立了可追溯管理模式。

2. 我国《刑法》规定的危害食品安全犯罪的罪名主要有：生产、销售有毒、有害食品罪；生产、销售不符合安全标准的食品罪；生产、销售伪劣产品罪；以危险方法危害公共安全罪；非法经营罪以及侵犯知识产权类犯罪等。《刑法》及相关司法解释在此设置了两种形式的罪名竞合：

一是法条竞合。《刑法》第149条第2款规定，“生产、销售本节第141条至第148条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第140条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。这是一种比较典型的法条竞合，生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪，与生产、销售伪劣产品罪之间存在重合和交叉关系。

二是想象竞合。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第10条规定：“实施生产、销售伪劣商品犯罪，同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”行为人为了牟取利益，实施的危害食品安全的犯罪，有可能同时触犯生产、销售伪劣产品类罪名和侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的罪名，这就是一种想象中的竞合。

在罪名竞合时，如何选择适用呢？虽然在《刑法》及《解释》中均做出了“依照处罚较重的规定定罪处罚”的原则规定，但是这仍是司法实践中比较难把握的问题。

在法条竞合时，首先，要求重法优于轻法，适用处罚较重的罪名，但是由于各条文认定犯罪的标准不一致，而致实践中不好操作。如生产、销售伪劣产品罪要求的客观要件是“销售金额”，生产、销售不符合安全标准的食品罪要求的客观要件是“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”，生产、销售有毒、有害食品罪则依据“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的或者销售明知掺有有毒、有害非食品原料的食品”的要件来认定。在这种情况下，为了慎重起见，司法机关往往习惯于以“疑罪从无、疑案从轻”的原则选择轻法。其次，由于行为人在犯罪的各个环节所起作用不同，也可能

造成选择适用罪名的差异。如三鹿奶粉案："三鹿集团使用含有三聚氰胺的原奶生产的婴幼儿奶粉进入市场后，导致众多婴幼儿引发泌尿系统疾病、多人死亡"这一事件，虽然从原料的购置到奶粉的生产、销售是三鹿集团一个完整的生产线，但是，因行为人在不同环节参与的程度不同，而致触犯的罪名不同：张玉军等人提供以三聚氰胺和麦芽糊精为原料配制原奶添加剂，构成以危险方法危害公共安全罪；耿金平等人给三鹿集团提供含有添加剂的原奶，构成生产、销售有毒、有害食品罪；三鹿集团及主要责任人使用含有添加剂的原奶生产婴幼儿奶粉，构成生产、销售伪劣产品罪。如此细致的划段定罪，给司法实践出了一道难题：是适用共同犯罪理论还是对每个危害食品安全的犯罪都要进行划段定罪？

对想象竞合犯，要求从一重罪处罚，但是由于该类犯罪所侵害的客体不同，可能导致犯罪主体和附加刑的差异，且有时可能很难作出孰轻孰重的判断，这时，对罪名选择也就大伤脑筋。以生产、销售有毒、有害食品罪和以危险方法危害公共安全罪做比较，以危险方法危害公共安全罪的主刑起刑点（3 年以上）高于生产、销售有毒、有害食品罪（5 年以下），但是二者的最高刑期（死刑）是一致的；同时，生产、销售有毒、有害食品罪单位可以构成犯罪，且有罚金附加刑，以危险方法危害公共安全罪则不存在这种情况。假如一个犯罪行为在这二者之间产生竞合，该如何选择罪名呢？当然，还需要根据具体的犯罪情节来考虑，但这不能说不是一个难题。

设定犯罪数额要件要根据具体的犯罪行为来确定，这是立法的本意。由此我们建议，首先，应将生产伪劣产品罪作为一个独立的罪名适用。企业、作坊经营的目的就是营利，生产产品就是为了销售，这是毋庸置疑的，因此，企业、作坊生产出来的伪劣产品，不能因为没有销售出去，而就改变它商品的性质。由此可见，将生产伪劣产品罪作为一个独立的罪名是可行的，且选择性罪名分解适用也是符合法学理论的。确定了罪名，构成要件也就容易设立了。

三、食品安全犯罪中财产刑设置的缺陷与完善

1. 罚金刑应以货值金额计算，设定最低数额标准

《食品安全法》第九章关于法律责任的规定中，一直是适用"货值金额"进行处罚，因此，我们可以将"货值金额"确定为生产伪劣产品罪的犯罪标准，这样，一方面可以使刑罚与《食品安全法》的处罚相衔接，另一方面也避免了生产、销售伪劣产品罪（未遂）的不科学的说法。而对销售伪劣产品的或既生产又销售伪劣产品的，应定销售伪劣产品罪和生产、销售伪劣产品罪，标准仍沿用"销售金额"。需要说明的是，设置的"货值金额"犯罪标准可以稍高于

"销售金额"。对于其他的将"销售金额"作为罚金刑标准的罪名，可以增加一项内容，即"产品未销售的，并处或单处货值金额的××至××倍罚金"。

罚金是刑罚的一种，只有构成犯罪才能适用罚金，在危害行为尚不构成犯罪的情况下，应当给予行政处罚。因此，罚金的数额应当高于行政罚款，这样才能体现行为的危害性与处罚的严厉性成正比，才能使刑事处罚与行政处罚协调运行、各就各位、各司其职。《刑法》中食品犯罪的罚金刑没有最低标准，只有无限额罚金的规定，在货值金额较小的情况下，罚金的数额可能会很低。再来看看行政罚款的规定，《食品安全法》第九章法律责任中规定的最低罚款数额为2000元，对于违法经营的货值金额1万元以上的，处货值金额5倍以上10倍以下罚款。该比例明显高于《刑法》第143条、144条中无限额罚金最低罚金为1000元的规定，两者相较，罚金数额极有可能低于罚款数额，体现不出罚金应当比罚款更加严厉的性质。横向比较来看，我国的罚金数额也是极低的，令违法犯罪的成本过低。美国法律规定，无论金额大小，只要制假售假均属有罪，处以25万美元以上100万美元以下的罚款，并处以5年以上的监禁，如有假冒前科，罚款额可达500万美元。[1] 笔者认为，食品犯罪的罚金数额也应明确最低数额，具体数额不应低于《食品安全法》规定的最低行政罚款标准，即2000元。

2. 单位罚金的数额应设定限制

《刑法》第150条规定："单位犯本节第140条至第148条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该条的规定处罚。"该条对单位犯罪的罚金数额未作规定，采用的是无限额罚金刑。无限额罚金刑虽然具有相当的灵活性，但是其缺陷也是明显的。首先是违背了罪刑法定原则。罪刑法定原则要求犯罪的法定化和刑罚的法定化，而无限额罚金刑由于其并未明确规定罚金的具体数额，从而使犯罪人可能被判处的罚金数额处于一种不确定的状况，因而不符合刑罚法定化的要求。实践中，司法人员无从把握，上级法院对下级法院也不好监督。其次是有违罪刑相适应原则。刑罚与犯罪应当相对称，重罪重罚，轻罪轻罚，而无限额罚金刑令法官很难做到罪刑均衡，有可能导致畸轻畸重，使罚金刑的价值不能充分体现。

笔者认为，单位犯罪中应设定单位犯罪罚金刑的限额，并对犯罪单位及其相关责任人员配置倍比罚金刑。具体地说，在同一单位犯罪中，对犯罪单位配置的罚金数额应高于相关责任人员，并且犯罪单位与相关责任人员之间的罚金

---

〔1〕 钱贵明：《论食品安全的法律控制》，华东政法学院2006年硕士学位论文。

数额应形成一定的比值关系。理由是，在生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的单位犯罪中，犯罪收益是归单位所有，相关责任人员是为了单位的利益实施犯罪的，尽管其自身也会获益，但相对单位而言较少，加之犯罪单位对罚金刑的感受能力和承受能力相对比自然人强，故对犯罪单位及其相关责任人员的罚金数额理应区别对待。美国规定法人犯罪的罚金数额是自然人犯罪的10倍，法国规定为5倍，笔者认为我国可以借鉴国外的规定，在5～10倍之间寻求一个合理的单位犯罪与自然人犯罪罚金数额的倍比关系。

3. 没收财产刑未得到充分利用

食品犯罪是利欲熏心的贪利型犯罪，因此，财产刑中最严厉的刑罚“没收财产刑”应发挥更大的效能。

近年来，恶性食品安全事件此起彼伏，但倾家荡产的商家却十分罕见，监管渎职者被严肃问责的也少之又少。既然总是打不疼、打不死，既然笃定的收益远远大于预想的风险，劣币驱逐良币的逆淘汰现象就会发生，不闯红灯就会落后的“红灯效应”就会被放大，避免食品生产企业的“道德风险”也就无从谈起。没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或全部，不仅可以破灭行为人妄图以此赚钱的梦想，还可以比较彻底地剥夺其再犯能力。而且，没收财产刑的社会效应大于罚金刑，即使罚金刑的判定数额大于犯罪分子实际拥有的财产数额，最后的执行结果等同于没收全部财产，但在公众看来，没收财产仍是更严厉的处罚，因此，没收财产刑具有更好的一般预防的社会效果。在食品犯罪的刑罚设置中对于结果加重犯规定“并处罚金或者没收财产”，笔者认为，这种立法模式未能突出没收财产刑的作用，会使法官优先选择适用罚金刑，而忽视对没收财产刑的适用。对于这种造成“特别严重后果”的结果加重犯，没收财产是最恰如其分的财产刑，有利于消除再犯隐患，达到最好的特殊预防效果。因此，笔者建议针对结果加重犯，只规定没收财产刑，而将罚金内容删去，或者将“没收财产”位置提前，修改为“并处没收财产或者罚金”，使法官优先选择适用没收财产刑。

四、结　语

行为被作为犯罪来对待的基准在于行为所具有的社会危险性，在食品安全领域，这种公共危险体现得尤为明显，在某些国家如日本，甚至不乏对于危害人体健康的公害犯罪落实为严格责任的范例。我国《刑法》中虽然没有这样的规定，但是对于危险的要求同样是重要的处罚依据。《刑法》第144条把生产、销售有毒、有害食品罪归结为抽象危险犯。显然，立法者认为等到实害结果已

经发生再对行为人进行处罚不利于遏制此类犯罪。食品安全是关系国计民生的重要问题，为了加强对食品安全的保障，有必要将犯罪构成的标准前置，即提前到危险状态已经形成时成立犯罪既遂。

就生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪而言，前者的对象为不符合安全标准食品，这种食品可能对人体造成轻微的损伤，也可能会导致严重后果，甚至引发严重的食物中毒事故或者其他严重的食源性疾病。因此，不足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，就不能认为达到了应受刑罚处罚的程度，可通过行政处罚或其他的方式进行处理。而后者是向食品中掺入有毒、有害的非食品原料，这种行为本身就表明了其具有严重危害人体健康的危险性，行为一经实施就表明了推定危险的存在，因而必须予以禁止。该罪的成立不需要引起任何实际损害，可能也未引起法益的具体危险，其危险为立法者所拟制的就其行为本身所具有的一般危险。

然而这里需要说明的是，鉴于食品安全的重要性，刑法理论对于犯罪构成要件的内涵加以广义的理解十分必要，但仅仅依靠刑法的严惩并不足以起到根本的遏制作用，因此，其在食品安全保障体系中的作用也是十分有限的。

对于食品安全而言，监管与司法的加强极为必要，监管者与司法者的玩忽与串通尤其需要防范，然而，监管与司法又是有限的。现代商业生产无处不在，你很难设想每个生产处所都存在着一个身体在场的监管者与司法警察，你不能向每个食品生产点、加工点派出一个监管员、司法警察。每个人相互投毒式的食品生产加工仍在进行，商业只需要利润的“现代圣经”已经使人们从道德责任中“解放”出来，或者说解脱出来。不怕违背伦理只怕被人抓住，正在成为新的行为模式。

食品生产的确是个良心活。无论现代化的流水线，还是传统的小作坊，生产过程都可谓“天知地知良心知”，而消费者只能“眼不见为净”。因此，一个社会如果道德滑坡，食品安全往往是重灾区；反过来讲，提升食品安全指数，道德重建是重要一步。

第二节

食品安全犯罪的刑事立法问题

——以刑法与《食品安全法》的对接为视角

舒洪水 *　段阳伟 **

"国以民为本，民以食为天，食以安为先"，食品安全关系到国家和社会的稳定发展，关系到公民的生命健康权利。如何解决食品安全问题，保护公众身体健康和生命安全，已成为摆在我国政府部门和司法机关面前的一项重要的战略任务。当代社会是法治的社会，食品安全问题的解决必然离不开法律的介入。刑法作为打击食品安全犯罪的重要法律，应当和《食品安全法》实现有效对接，才能构建起食品安全的坚固防线。

一、食品安全犯罪概念厘定

近几年来，我国频繁发生食品安全事件，如"红心鸭蛋事件"、"地沟油事件"、"毒生姜事件"、"三鹿奶粉事件"以及最近发生的"肉毒杆菌事件"等，充分说明食品安全已经成为严重影响公众身体健康和生命安全的重要问题。食品安全事件引发了社会公众对食品安全的心理恐慌，严重影响了我国经济的健康发展。例如，轰动一时的"三鹿婴幼儿奶粉事件"对于公众的食品安全信心造成了沉重打击，更给我国乳制品行业造成了不可估量的损失。而且，

---

* 西北政法大学教授，法学博士。

** 湖北汽车工业学院讲师。

随着经济全球化影响的扩大，食品安全事件也给国产产品的信誉带来了连锁性的恶劣影响。食品安全已经成了人们生活的重要组成部分，打击食品安全犯罪已经到了刻不容缓的地步。

（一）食品安全的概念

1. 全球层面食品安全的概念

食品安全的概念第一次明确提出是在1974年的世界粮食大会上。在该次会议上通过的《世界粮食安全国际约定》将其解释为：无论何时都应该确保人类能够获得足量的食物，这些食物是能够维持人类生存和人体健康发展的需要，同时还提出了建立一个粮食安全系统即世界粮食结转库存（期末库存）。前述食品安全的含义特指的是数量安全，这和当时的全球粮食危机的大背景是一致的，对食品安全的要求仅停留在基本温饱问题上。随着粮食储备的增加和人们生活水平的提高，人们对粮食安全有了更深的认识。联合国粮农组织于1983年将食物安全的最终目标确定为："任何时候，人们都有能力享有他们生存和发展所需的基本食物。"根据解释，这一概念包含四个层次，其中前三个层次强调的仍是数量安全，而第四个层次则涉及了食品的质量安全。[1] 但是，这一阶段仍未提出食品安全的概念，对食品安全的探讨也仅限于粮食。

20世纪八九十年代，随着食品安全事件的屡屡发生，如1986年始于英国的疯牛病，在之后的几年波及了十几个国家，食品安全开始成为全世界关注的焦点。食源性疾病给人们的健康造成了重大危害。数百万人因为食用不安全的食品而患病并且许多人死亡，有专家则指出因疯牛病死亡的人数将以每年30%左右的速度逐年上升，最终每年可造成成千上万人丧生。2000年5月召开的第53届世界卫生大会上，世界卫生组织（WHO）将食品安全列为公共卫生的基本职能，要求其成员国将改善、保障本国的食品安全作为重要责任。至此，食品安全概念正式诞生。根据世界卫生组织（WHO）的定义，食品安全（food safety）从食品卫生的角度，是指那些对人类的身体健康不会造成不良影响的食物，这种不良影响包括直接影响，也包括潜在的影响；从食品质量安全的角度考虑，指保证对消费者的身体健康不会造成损害的，并且是按照食物本身的方式进行加工和制作的质量要求。根据《世界卫生组织全球食品安全战略（草案）》所设

---

〔1〕 这个概念包括四项具体要求：①确保生产足够多的食品（Availability of Food），指为适应人口增长和饮食结构变化提供持续、有保障的食品供应的能力；②极大限度地稳定食品供应（Sustainability of Food Supply），即确保市场食品价格稳定并处于合理水平之下，使消费者能够承担得起；③确保所有人都能获得满足基本营养需求的食品（Accessibility to Food），这个包括两个方面的含义，一是有足够的食品供应以满足消费者需求，二是消费者有足够的购买力，能够买得起；④食品质量安全（Food Safety/Quality and Preference），即消费者所购买和消费的食品是安全的、高质量的，并符合其消费偏好。

定的避免人们受到食源性疾病危害目标和其对食品安全的定义来看，已经脱离了食品数量安全的范畴，完全转向了食品质量（卫生）安全层面。

2. 国内关于食品安全的定义

我国的食品安全概念也经历了一个漫长的演变过程。

根据我国1995年10月30日公布施行的《中华人民共和国食品卫生法》（以下简称《食品卫生法》），食品卫生是指食品应当无毒、无害，符合应当有的营养要求，要有相应的色、香、味等感官性状。具体而言包括以下三方面：①食品应当无毒、无害，不能对人体造成任何危害。②食品应当具有相应的营养，以满足人体维持正常生理功能的需要。③食品应当具有相应的色、香、味等感官性状。单纯从这一概念理解，我国的食品卫生侧重于食品质量安全而非数量安全。但是食品卫生这一概念按照通常的理解是和食品是否干净相联系的，并未突出食品不含有毒、有害物质或者不安全因素。世界卫生组织发表的《加强国家级食品安全性计划指南》中把食品安全与食品卫生作为两个不同概念的用语。将食品安全解释为：对食品按其原定用途进行制作和食用时不会使消费者受害的一种担保；将食品卫生界定为：为确保食品安全性和适合性在食物链的所有阶段必须采取的一切条件和措施。总之，食品卫生虽然也是一个具有广泛含义的概念，但是与食品安全相比，食品卫生无法涵盖作为食品源头的农产品种植、养殖等环节，而且从过程安全、结果安全的角度来看，食品卫生是侧重过程安全的概念，不如食品安全的概念更为全面。

2006年国务院在制定《国家重大食品安全事故应急预案》中没有再沿用“食品卫生”，而是用了“食品安全”一词，并将其解释为：“食品中不应包含有可能损害或威胁人体健康的有毒、有害物质或不安全因素，不可导致消费者急性、慢性中毒或感染疾病，不能产生危及消费者及其后代健康的隐患。”这里的食品安全概念显然要广泛于食品卫生。2009年颁布了《食品安全法》，并对食品安全作出了明确定义：“食品安全，指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。”至此，施行了十几年的《食品卫生法》被废止了，而食品安全也完全取代了食品卫生。正如有人所指出的，在立法过程中曾经出现的关于法律名称的争论，即叫食品卫生法，还是叫食品安全法，绝不是简单的概念游戏，而是立法理念的变革。[1] 从注重食品的外部安全转变为深入到食品生产经营的内部安全，扩大了法律调整范围，对涉及食品安全的相关问题等都作出全面规定，涵盖了“从农田到餐桌”的全

〔1〕 信春鹰主编：《中华人民共和国食品安全法释义》，法律出版社2009年版，第2~3页。

过程，从而实现了食品安全全方位的保护。

（二）食品安全犯罪

1. 食品安全犯罪的发生领域

目前，我国食品安全问题主要集中在以下方面：一是，种植、饲养环节。表现在种植中存在过量使用农药、过量施用化肥、滥用植物激素等情况，在饲养中则存在各种工业添加剂超量、超常规使用等问题。如周至县猕猴桃涂抹“膨大剂”事件和白洋淀的红心鸭蛋事件。二是，食品生产加工环节。表现在加工环境脏乱差、超量使用食品添加剂或者使用国家禁止的食品添加剂、食品加工使用不合格原料、加工过程中微生物污染现象比较严重。三是，食品流通环节。如运输、贮藏食品环境不达标，流通渠道不畅通出现食品腐败、变质，食品外包装存在安全隐患等。四是，食品消费环节。这里的消费环节主要是指餐饮和销售，表现在就餐环境不卫生、销售渠道混乱、在销售的食品中添加非食品原料等。以上食品生产经营各环节的问题是导致食品安全事故频发、消费者出现信任危机的主要原因，也是食品安全犯罪的发生领域。

2. 食品安全犯罪的保护法益

在1997年《刑法》中，有关食品安全犯罪的罪名分散地归入破坏社会主义市场经济秩序罪中的生产销售伪劣商品犯罪、食品犯罪和其他经济犯罪，这起源于经济体制改革之初，生产销售伪劣产品整体的社会危害性在于破坏经济体制改革。所以，在当时情况下认为食品卫生犯罪主要侵犯了国家的食品卫生监管秩序是有其合理依据的。[1] 但是，随着经济的发展，食品安全犯罪层出不穷，给人们的生命健康安全带来了极大的威胁，学界开始了对本罪所侵害的法益的讨论。《刑法修正案（八）》出台之前，有学者提出应重新定位和设置危害公共卫生罪，认为公共卫生是公共安全的应有含义，主张将生产、销售假药罪，生产、销售劣药罪，生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合卫生标准的食品罪，生产、销售不符合标准的卫生器材罪，生产销售不符合卫生标准的化妆品罪，从破坏社会主义市场经济秩序罪中划出转列入卫生犯罪中。[2] 还有学者进一步认为食品安全犯罪绝不仅仅是破坏了经济秩序，不应仅将其看作是经济犯罪，而应将其归类在第二大类犯罪即危害公共安全犯罪中。[3] 实际上，国外也有这样的立法例，如《意大利刑法典》在第六章危害公共安全罪第440

---

〔1〕 刘伟：“风险社会语境下我国危害食品安全犯罪刑事立法的转型”，载《中国刑事法杂志》2011年第11期。

〔2〕 刘远、景年红：“卫生犯罪立法浅议”，载《法学》2004年第3期。

〔3〕 田禾：“论中国刑事法中的食品安全犯罪及其制裁”，载《江海学刊》2009年第6期。

条到第445条、第452条规定了关于销售食品或药品而对公众健康造成危险的犯罪。[1] 当然也有学者持否定态度，认为食品犯罪的客体尽管是公共安全，在犯罪客体特征上部分地符合危害公共安全罪的特征，但是在性质上，这类犯罪却应当属于经济犯罪，而不应当属于危害公共安全犯罪。[2] 也有人对食品安全犯罪所侵害的法益进行了区分，认为生产、销售不符合安全标准的食品罪，虽然侵犯了公众的生命和健康法益，但其经济犯罪的性质并未因此产生变化，其构成犯罪的前提条件仍然是违反了食品安全法律，该罪的主要客体更应体现发生领域的特殊性，受到经济犯罪属性的制约。食品安全犯罪的分类问题主要存在于生产、销售有毒、有害食品罪上，应当将其置于危害公共安全犯罪才更有利于分则罪名分类的协调性和体系性。[3]

笔者认为，正如有学者所指出的，我国的食品安全问题既有传统风险形式下的食品安全问题，又有转型初期的制度性风险所引发的食品安全问题，还有后工业时代人们所普遍面临的化学添加剂及转基因食品等与科技发展相联系的食品安全问题。[4] 因此，我们不能再在原来的背景下来认识食品安全犯罪所保护的法益。食品安全问题已经不再局限于对社会主义市场经济秩序的影响上，而是更多地表现出了对人们生命健康的威胁。如2008年轰动一时的三鹿奶粉事件，几乎波及了全国，给数以百计的婴幼儿的身体健康造成了无法弥补的损害，其所侵害的法益应当认定为公共安全。笔者也不赞同只将生产、销售有毒、有害食品罪纳入公共安全罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪也会造成对不特定多数人的生命、健康损害的情况，并且可能危害甚至大于生产、销售有毒、有害食品罪，如生产、销售的奶粉达不到营养标准的，会造成婴幼儿发育不良，有的甚至造成终身残疾，如发生在安徽的“阜阳毒奶粉案”。这种行为如果认为其所侵害的法益是经济秩序显然不太合理。为了加大对食品安全的惩治，突出其对身体健康的影响，适应公众的法感情，应当将其纳入到危害公共安全犯罪之中。食品安全犯罪所侵害的是复合客体，既有公共安全又有社会主义市场经济秩序，但是犯罪的分类是按照犯罪主要客体进行划分的，而犯罪主要客体是

---

〔1〕《最新意大利刑法典》，黄风译，法律出版社2007年版，第156～158页。

〔2〕刘长秋：“试论我国刑法中的食品犯罪”，载顾肖荣主编：《经济刑法（3）》，上海人民出版社2005年版，第114～115页。

〔3〕陈烨、李森：“国外刑法典中食品安全犯罪的考察及启示”，载《江南社会学院学报》2012年第1期。

〔4〕刘伟：“风险社会语境下我国危害食品安全犯罪刑事立法的转型”，载《中国刑事法杂志》2011年第11期。

某一具体犯罪所侵害的复杂客体中程度较严重的刑法予以重点保护的社会关系。[1] 而此类犯罪所侵害的较严重的法益显然是公共安全。同时将其纳入公共安全犯罪也褪去了逐利色彩，即使行为人不具有逐利目的，只要其行为危害到食品安全那么就应认定为相应的犯罪，从而加大对食品安全犯罪的惩罚力度。

二、食品安全犯罪刑事立法回溯

（一）我国刑事立法对食品安全犯罪的规制

1. 单行刑法对食品安全犯罪的规制

1979 年刑法中并没有直接规定涉及食品安全犯罪的罪名，而是以单行刑法的形式作出立法规制。1993 年全国人大常委会《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》（下文简称《决定》）中指出为惩治生产、销售伪劣商品犯罪，保障广大群众身体健康和人身、财产安全，保护用户、消费者的合法权益，维护社会主义市场经济秩序，《决定》施行前人民法院正在审理的有关生产、销售伪劣商品的犯罪案件，应依照现行的法律规定定罪处罚。《决定》施行前发生，《决定》施行后审理的生产、销售伪劣商品犯罪案件，依照刑法第九条规定的原则办理；对于《决定》施行后发生的这类案件，一律适用《决定》定罪处罚。无论适用现行法律规定还是适用《决定》，对于那些生产、销售假药，致人死亡或者对人体健康造成其他特别严重危害的，以及在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，致人死亡或者对人体健康造成其他特别严重危害的重大案件，人民法院要组织好审判力量，及时进行审理。对于依法应当判处死刑的严重犯罪分子，必须坚决判处死刑。对这类大案要案的审理，要大张旗鼓地公开宣判，并通过新闻媒介公开报道，以惩戒犯罪，弘扬法制。在依法惩处直接生产、销售伪劣商品犯罪的同时，对利用职务，故意包庇生产、销售伪劣商品构成犯罪的企业事业单位或者个人使其不受追诉的；负有追究责任的国家工作人员对有《决定》所列犯罪行为的企业事业单位或者个人，不履行法律规定的追究职责的；国家工作人员滥用职权、假公济私，对检举、揭发《决定》所列犯罪行为的举报人报复陷害的，应当根据不同情况，分别依照刑法第 187 条规定的玩忽职守罪、第 188 条规定的徇私舞弊罪或者第 146 条规定的报复陷害罪，追究刑事责任。人民法院适用《决定》处理生产、销售伪劣商品犯罪案件，要在依法从严适用主刑的同时，充分适用财产刑，并应当依照《决定》第 12 条第 1 款规定的罚金数额，根据犯罪分子的犯罪情节和案件情况依法判处。对于

[1] 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 60 页。

犯罪行为给受害人造成物质损失的，要根据案件不同情况，依法判处赔偿损失。犯罪分子的违法所得和违法生产、销售的产品一律予以没收。

以上的规定主要涉及的罪名是生产、销售伪劣产品罪、玩忽职守罪、徇私舞弊罪、报复陷害罪，刑罚方面则主要涉及死刑和财产刑的适用问题。在《决定》中提到了在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，致人死亡或者对人体健康造成其他特别严重危害的情形，可以说这一规定是生产、销售有毒、有害食品罪的前身，但是《决定》中并没有将其规定为生产、销售有毒、有害食品罪，而仅是作为生产、销售伪劣产品罪的一种情形，这和当时的社会经济大背景是相符的。

2. 1997 年《刑法》涉及食品安全犯罪的立法规定

1997 年《刑法》颁布后，《决定》继而废止。食品安全犯罪有了自己独立的地位，从而区别于一般的生产、销售伪劣产品犯罪，折射出国家对食品安全的关注度提高了。笔者认为 1997 年《刑法》中涉及食品安全犯罪的罪名不仅限于生产、销售伪劣商品罪一节，在刑法的其他章节中也有涉及此类犯罪的立法规定，整理归纳为以下几点：

（1）生产、销售不符合卫生标准的食品罪。第 143 条规定："生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；后果特别严重的，处 7 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。"

（2）生产、销售有毒、有害食品罪。第 144 条规定："在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，依照本法第 141 条的规定处罚。"

（3）生产、销售伪劣产品罪。根据《刑法》第 149 条的规定，"生产、销售本节第 141 条至第 148 条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在 5 万元以上的，依照本节第 140 条的规定定罪处罚"。此条可以说是前面两罪的兜底条款，也就是当行为人的生产、销售行为虽然不构成生产、销售不符合卫生标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的，但是如果其行为符合生产、销售伪劣产品罪构成要件的话，就认定为本罪，从而防止行为人逃避法律制裁，

实现对食品安全犯罪的周全打击。

（4）非法经营罪。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕26 号）第 1 条规定："未取得药品生产、经营许可证件和批准文号，非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，扰乱药品市场秩序，情节严重的，依照《刑法》第 225 条第 1 项的规定，以非法经营罪追究刑事责任。"第 2 条规定"在生产、销售的饲料中添加盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，或者销售明知是添加有该类药品的饲料，情节严重的，依照《刑法》第 225 条第 4 项的规定，以非法经营罪追究刑事责任。"

（5）假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪。第 213 条规定："未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。"第 214 条规定："销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。"行为人实施危害食品安全犯罪行为的时候经常会采取假冒注册商标的行为，从而使其犯罪行为更好地进行。有时行为人的行为可能都不符合前面的四个罪名，这种情况下如果存在本罪行为的构成要件的话就应当认定为本罪。

（6）以危险方法危害公共安全罪。以危险方法危害公共安全罪不同于以上 6 个罪名，其所侵害的主要法益是不同的。本罪所侵害的法益是公共安全，而以上 6 个罪名属于破坏社会主义市场经济秩序一章，其所侵害的法益是正常的经济秩序。2008 年的三鹿奶粉案对于其中生产、销售含三聚氰胺的混合物即"蛋白粉"的涉案人员就曾以本罪定罪处罚，而 2011 年的河南焦作"瘦肉精"案也是以本罪追究的事件责任人刘襄等人的刑事责任，并且此案也是对于未造成危害的食品安全犯罪行为以以危险方法危害公共安全罪定罪的首例，其法律依据是最高人民法院和最高人民检察院 2002 年《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条"实施本解释规定的行为，同时触犯刑法规定的两种以上犯罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任"。笔者认为，以危险方法危害公共安全罪认定食品安全犯罪，表明人们对食品安全犯罪所侵害的法益的认识有了变化，这也为食品安全犯罪转入公共安全犯罪做好了铺垫。并且这两个罪在主观的认定上也存在很多问题，如行为人对危害结果的主观罪过到底是直接故意还是间接故意很难以认定，如果纳入到了公共安全犯罪一章中这一问题也就迎刃而解了。

（7）渎职犯罪。渎职犯罪主要是针对行政执法监管人员而言的。食品安全离不开监管，有效的监管对于食品安全有着重要的意义。此类犯罪主要涉及滥用职权罪、玩忽职守罪、商检徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪四个罪名，与前面的食品生产、销售者的罪名形成了较为严密的立法规制体系。

3.《刑法修正案（八）》对食品安全的保护

2009 年《食品安全法》颁布，继《食品卫生法》后成为我国食品安全的保障法。为有效保障食品安全，实现和《食品安全法》的对接，《刑法修正案（八）》不仅对原生产、销售不符合卫生标准的食品罪和生产、销售有毒有害、食品罪进行了相应修改，还特别增设了食品监管渎职罪，进一步加强了对食品安全的刑法保护。

（1）生产、销售不符合安全标准的食品罪。《刑法修正案（八）》对生产、销售不符合安全标准的食品罪进行了全面修改，不仅改变了罪名而且还加强了刑罚力度。修正案关于此罪的修改主要体现在以下四个方面：一是将生产、销售不符合卫生标准的食品罪修改为生产、销售不符合安全标准的食品罪。扩充了本罪的犯罪对象，实现了刑法与食品安全法的相互衔接，维护了食品安全保护立法体系的统一。二是增加了有其他严重情节的情况要处 3 年以上 7 年以下有期徒刑的刑罚规定，增加了刑罚档次。三是取消了单处罚金刑的规定，也就意味着所有犯罪者均要面临监禁刑的制裁。四是取消了原法中罚金数额即销售金额 50% 以上 2 倍以下的限制性规定，采取无限额罚金制，加大了罚金刑的刑罚威慑力。

（2）生产、销售有毒、有害食品罪。刑法修正案（八）对生产、销售有毒、有害食品罪的修改主要体现在：一是删除了原条文中“5 年以下有期徒刑或者拘役”中的“拘役”，提升了刑罚幅度，行为人一旦犯罪即面临徒刑制裁。二是删除了原条文中单处罚金的规定，避免出现以罚代刑的情形。三是取消了关于罚金为销售金额 50% 以上 2 倍以下的规定，采取无限额罚金制，由法官结合具体案件自由裁量。四是增加了有其他严重情节的，要处 5 年以上 10 年以下有期徒刑的规定，有效填充了对人体健康没有造成严重危害但情节严重的空白地带。五是将“对人体健康造成特别严重危害的”变更为“有其他特别严重情节的”规定，不仅囊括了“对人体健康造成特别严重危害的”的情形，还包括其他特别严重情节的行为，而具有此情节就可能判处死刑，大大增强了刑罚力度，显示出了对食品安全犯罪严厉打击的立场。

（3）食品监管渎职罪。食品监管是食品安全的重要保障，不论是单行刑法还是 1997 年刑法典都未规定单独的罪名，只是放在滥用职权罪和玩忽职守罪下进行处理，《刑法修正案（八）》在原刑法第 408 条环境监管失职罪后增加了一

款关于食品监管渎职罪的规定，将食品安全监管人员作为本罪的特殊主体予以规定，并且提升了刑罚幅度。按照以往滥用职权或者玩忽职守犯罪处罚的话，量刑幅度为3年以下有期徒刑或者拘役，对情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑；而关于食品监管人员渎职罪的基本刑则为5年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处5年以上10年以下有期徒刑。这一罪名的设立加大了对食品安全监管人员失职行为的制裁力度，进一步遏制了食品安全犯罪的高发态势。

（二）食品安全犯罪刑事立法的变化特征

回溯二十年食品安全犯罪的刑事立法，主要有以下几方面的变化：

1. 立法模式的转变——从单行刑法到刑法典

我国的食品安全犯罪的刑事立法经历了从单行刑法到刑法典的演变过程。这样的立法模式的转变和我国的经济体制改革是密不可分的。在1979年《刑法》施行期间，我国采取的是计划经济模式，食品安全犯罪较少，多是表现为生产、销售伪劣产品的行为。随着经济体制改革的进行，食品安全犯罪开始出现，按照以前类推定罪的方式已经不能解决司法实践中的问题，于是就以单行刑法的形式规制食品安全犯罪，但是仍没有自己独立的罪名，这样的立法模式显然无法遏制食品安全犯罪的势头。1997年刑法修订时，在生产、销售伪劣商品罪一节下专门规定了生产、销售不符合卫生标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪两个罪名作为打击食品安全犯罪的重要武器。之后在司法解释中又添加了非法经营罪，在司法实践中又适用了以危险方法危害公共安全罪，对食品安全犯罪的制裁不再局限于破坏市场经济秩序罪，而是扩展到了危害公共安全罪，并且在渎职犯罪中也规定了相应的罪名以制裁监管者的犯罪行为。刑法典的立法模式在打击食品安全犯罪上取得了很大的进展。

2. 立法观念的转型——从传统刑法到安全刑法

随着风险社会理论的提出，安全刑法开始崭露头角。相比以往的传统刑法，安全刑法更注重对风险的预防而不再将目光局限在结果上，刑法的防线大大提前了，危险犯更多地出现在刑法中。相比以前将食品安全犯罪作为生产、销售伪劣产品罪（结果犯）处理，生产、销售不符合安全标准的食品罪被设置为了危险犯，而生产、销售有毒、有害食品罪则为行为犯，这一犯罪构成上的变化反映出了从传统刑法到安全刑法立法观念的转型。

3. 立法背景的变化——从《食品卫生法》到《食品安全法》

2009年颁布实施的《食品安全法》是在原有的《食品卫生法》的基础上修订产生的，超越了原来停留在对食品生产经营阶段发生的食品安全卫生问题进行规定，与原来的《食品卫生法》相比扩大了法律调整范围，涵盖了从“农田

到餐桌”的全过程。[1] 这一立法背景的变化，使得关于食品安全犯罪的刑事立法也相应地发生了变化。首先，生产、销售不符合卫生标准的食品罪修改为了生产、销售不符合安全标准的食品罪。其次，根据监督管理的规定，单独设置了食品监管渎职罪。最后，根据法律责任一章的规定，刑罚也都趋于更为严厉。

4. 调整范围的扩增——罪名的增改

食品安全概念较于以前的食品卫生概念，其调整范围扩大了，这反映在刑法上罪名的增改。一是生产、销售不符合卫生标准的食品罪的对象扩大到了不符合安全标准的食品。二是增加了生产、销售有毒、有害食品罪的行为方式。1993 年单行刑法只规定了在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，而没有规定销售明知掺有有毒、有害非食品原料的食品的行为，1997 年《刑法》对此做出了补充，《刑法修正案（八）》沿用了此规定。三是增加了食品监管渎职罪，明确了食品监管者的刑事责任。

5. 刑罚的变更——宽严相济，罪刑均衡

关于生产、销售不符合卫生标准的食品罪，1993 年单行刑法法定刑为 7 年以下有期徒刑，设定并处罚金刑；1997 年刑法典法定刑则降为 3 年以下有期徒刑或者拘役，设定并处或者单处罚金刑，并且明确罚金刑的量刑幅度是销售金额 50% 以上 2 倍以下；《刑法修正案（八）》对于主刑未作修改，但是将罚金刑改为了并处罚金并采取无限额罚金制。就生产、销售有毒、有害食品罪，单行刑法和 1997 年刑法都规定为 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金刑，采取倍比罚金制；而《刑法修正案（八）》则取消了拘役刑，将罚金刑调整为并处罚金刑并取消了量刑幅度的规定。刑罚上的变化，反映出宽严相济刑事政策在食品安全犯罪上的运用，刑罚渐趋合理，符合罪刑均衡的要求。

三、《食品安全法》对食品安全犯罪的规制

（一）《食品安全法（草案）》

食品安全法出台前，其公布的草案的第九章中曾具体的援引了《刑法》所规定的五组罪名，除上文已论述过的两个生产、销售型犯罪还涉及以下几个罪名：

1. 非法经营罪

《草案》第 78 条规定：“违反本法规定，未取得食品生产、流通或者餐饮服务许可证从事食品生产经营活动，或者未经许可生产食品添加剂、食品相关产

---

〔1〕 信春鹰主编：《中华人民共和国食品安全法释义》，法律出版社 2009 年版，第 2 ~3 页。

品，构成非法经营罪”；“食品生产经营者依法取得食品生产、流通或者餐饮服务许可证后，不再具备本法规定的生产经营条件仍从事食品生产经营活动，构成非法经营罪”。

2. 滥用职权罪、玩忽职守罪

《草案》第92条规定：食品生产、流通、餐饮服务监督管理部门或者其他有关行政部门其主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员构成滥用职权罪、玩忽职守罪的，依照刑法第397条的规定追究刑事责任。

3. 提供虚假证明文件罪

《草案》第94条规定：“食品检验人员违反本法规定，出具虚假检验报告，构成提供虚假证明文件罪的，依照刑法第229条的规定追究刑事责任。”

4. 损害商业信誉、商品声誉罪

《草案》第91条规定捏造并散布虚假事实，损害食品生产经营者的商业信誉、食品声誉，造成损失，构成损害商业信誉、商品声誉罪。

（二）《食品安全法》

虽然《食品安全法》草案明确规定了食品安全犯罪的相关罪名，但在其后正式颁布的《食品安全法》则仅仅在第九章法律责任的最后一条中做出了概括的规定：违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。这在很大程度上扩大了可能适用刑法的情形。就其内容来看，正式的《食品安全法》中删除了有关损害商业信誉、商品声誉相关后果的规定，但仍然保留了上述三种可能构成犯罪的行为，如第93条规定了食品检验机构、食品检验人员出具虚假检验报告的行为。同时，由于取消了具体条款中规定具体罪名，对于相关的行为则可以根据刑法来具体认定，而不再限于前述五组罪名。如第94条规定的在广告中对食品质量作虚假宣传，欺骗消费者的行为，则可以虚假广告罪定罪；第88条规定的事故单位在发生食品安全事故后未进行处置、报告的，可能涉及刑法中不报、谎报重大安全事故罪等。

四、完善《刑法》与《食品安全法》的对接

就刑法规范与其他法律规范之间的关系而言，刑法规范只具有保证其他法律规范实现的作用，或者说只是确保其他法律规范得以实现的制裁措施，正是在这个意义上，刑法又被称为保障法[1]。《刑法》应当和《食品安全法》一起筑起防治食品安全犯罪的坚固防线，这就需要《刑法》实现和《食品安全法》

---

〔1〕 陈忠林：《刑法总论》，高等教育出版社2007年版，第4页。

的良好对接，从而真正成为《食品安全法》的保障法。

（一）现行刑法对食品安全保护的不力之处

《刑法修正案（八）》的修订就是在《食品安全法》的背景下进行的，在很多地方和食品安全法是相一致的。但是通过上文对现行《刑法》对食品安全犯罪的立法规制和《食品安全法》对食品安全的保护来看，《刑法》与《食品安全法》之间的对接并不完善，还有很多不足和空白之处。

1. 保护对象范围过窄

从食品安全所涉及的对象上来看，根据《食品安全法》第2条的规定包括食品［包括供食用的源于农业的初级产品（下文简称食用农产品）］，食品添加剂，食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备（以下称食品相关产品）。而现行《刑法》的保护对象仅限于食品，而且对于食用农产品的属性问题还存在争议，如果将食用农产品也排除的话，那么刑法对食品安全的保护范围就仅限于加工出来的成品和半成品了。

显然《刑法》的保护范围要窄于《食品安全法》，这就会出现《食品安全法》和《刑法》保护不一致的地方，如人们比较关心的食品添加剂的问题。“三鹿奶粉”事件的发生，暴露了在食品中添加非法物质与滥用食品添加剂是危害食品安全的重要源头的问题。在修订后的《食品安全法》中着重加强了对食品添加剂的监管，特别强调了两点：一是食品添加剂目录是卫生部门组织专家制定的，依据风险评估证明确实是安全的，才能加入到食品中；二是强调技术必要性。也就是说添加剂应对食品的质量、营养等的改善是必要的。而从现行《刑法》来看，对食品添加剂的规制就是空白。按照生产、销售有毒、有害食品罪的规定，食品添加剂并不属于非食品原料的范畴。那么，如果涉及食品添加剂的问题就只能诉之于生产、销售不符合安全标准的食品罪，但是很多食品添加剂如果添加超量或者滥用就会给人体造成损害。食品添加剂，特别是化学合成的食品添加剂大多具有一定的毒性，所以使用时要严格控制其用量。然而，现在有些黑心商贩为了追求高效利润，在食品中添加过量的食品添加剂。如在面粉中添加超限量的增白剂“过氧化苯甲酰”，易对人体造成苯积累中毒，并且对于肝功能衰弱的人和肝功能损伤的患者会导致肝脏病变，易引发多种疾病。[1]这种情况下如果只认定为生产、销售不符合安全标准的食品罪显然是不合理的。

2. 食品安全环节未得到周延保护

从食品安全所涉及的领域来看，根据《食品安全法》第2条的规定包括食

［1］关于面粉增白剂的存废之争由来已久。2010年卫生部就曾就是否禁用面粉增白剂公开征求意见。详见吴鹏：“禁用面粉增白剂 公开征民意”，载《新京报》2010年12月16日。

品生产和加工（以下称食品生产）；食品流通和餐饮服务（以下称食品经营）；食品添加剂的生产经营；食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品；食品相关产品的生产经营；食品监管。在主体上涉及食品生产、加工、包装、运输、贮藏、销售和监管等人员。而反观刑法罪名中只规定了生产、销售和监管行为，对于食品包装、运输、贮藏等行为缺乏立法规定，导致刑法对许多生产、销售环节以外的危害食品安全的行为不能进行刑事制裁。针对生产、销售以外的行为，有人提出可以通过共同犯罪理论予以认定：一是知道或者应当知道他人实施危害食品安全犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，提供生产、经营场所，提供运输、仓储、保管、邮寄等便利条件，或者提供制假生产技术构成共同犯罪的行为；二是知道或者应当知道他人实施食品安全犯罪，而居间介绍，提供帮助构成共同犯罪的行为；三是对知道或者应当知道他人实施食品药品安全犯罪，而受雇佣参与生产、销售等犯罪活动构成共同犯罪的行为。[1] 2012年《关于依法严惩"地沟油"犯罪活动的通知》中也采取了共犯的处理方式："知道或应当知道他人实施以上第（一）、（二）、（三）款犯罪行为，而为其掏捞、加工、贩运"地沟油"，或者提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供技术、生产、经营场所、运输、仓储、保管等便利条件的，依照本条第（一）、（二）、（三）款犯罪的共犯论处。"但是有学者对于这一做法也提出了质疑，"三次食品安全犯罪立法，始终没有跳出仅规制生产销售行为的窠臼，尽管《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将一些帮助行为犯罪化，但这只是基于共犯理论的当然解释"。[2] 并且，对于生产、销售的前置预备行为，如购买行为、储备行为，刑法也没有予以专门的立法，此类行为如果不能以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚，那么，就只能等到进入到生产、销售阶段才能予以惩罚，而这样的保护方式显然过于迟延。因此，要想实现对食品安全犯罪的周延保护，还是要从立法层面上予以完善。

2013年5月颁布并生效的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第8条规定："在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，违反食品安全标准，超限量或者超范围滥用食品添加剂，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，依照刑法第143条的规定以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处

---

〔1〕"沈阳法院从重打击添加非食品类添加剂犯罪行为"，载新华社，http：//www.gov.cn/fwxx/sh/2011－11/18/content_1997135.htm，访问日期：2011年11月18日。

〔2〕左袖阳："食品安全刑法立法的回顾与展望"，载《湖北社会科学》2012年第5期。

罚。在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中，违反食品安全标准，超限量或者超范围滥用添加剂、农药、兽药等，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，适用前款的规定定罪处罚。”第9条规定：“在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，掺入有毒、有害的非食品原料，或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品的，依照《刑法》第144条的规定以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中，使用禁用农药、兽药等禁用物质或者其他有毒、有害物质的，适用前款的规定定罪处罚。在保健食品或者其他食品中非法添加国家禁用药物等有毒、有害物质的，适用第一款的规定定罪处罚。”第10条规定：“生产、销售不符合食品安全标准的食品添加剂，用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂，或者用于食品生产经营的工具、设备等，构成犯罪的，依照刑法第140条的规定以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。”第11条规定：“以提供给他人生产、销售食品为目的，违反国家规定，生产、销售国家禁止用于食品生产、销售的非食品原料，情节严重的，依照《刑法》第225条的规定以非法经营罪定罪处罚。违反国家规定，生产、销售国家禁止生产、销售、使用的农药、兽药，饲料、饲料添加剂，或者饲料原料、饲料添加剂原料，情节严重的，依照前款的规定定罪处罚。实施前两款行为，同时又构成生产、销售伪劣产品罪，生产、销售伪劣农药、兽药罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”第14条规定：“明知他人生产、销售不符合食品安全标准的食品，有毒、有害食品，具有下列情形之一的，以生产、销售不符合安全标准的食品罪或者生产、销售有毒、有害食品罪的共犯论处：（一）提供资金、贷款、账号、发票、证明、许可证件的；（二）提供生产、经营场所或者运输、贮存、保管、邮寄、网络销售渠道等便利条件的；（三）提供生产技术或者食品原料、食品添加剂、食品相关产品的；（四）提供广告等宣传的。”

应该肯定，前述司法解释为周延保护食品安全，惩治食品犯罪行为，提供了司法层面的保障，值得肯定。

3. 食品安全行政违法行为和犯罪行为界限的划分不清晰

在应然的理论中，行政违法行为和犯罪行为的分界线是其是否具有严重的社会危害性。然而在实然的操作中，食品安全行政违法行为与犯罪行为的界定及其移交，已成为食品安全犯罪刑事责任追究的薄弱环节，现实中存在不少虽已达到了追究刑事责任的程度却仅仅以行政处罚处理而没有受到刑事处罚的案件，使得法律的严肃性受到严峻的挑战，甚至还显出某些尴尬。由于之前食品安全行为入罪门槛较高，多年来，各级司法机关虽然一直很重视食品安全犯罪案件，但由于相关法律规定不明确，能够启动司法程序以及进入审判程序的案

件并不多。而在这些涉嫌食品安全犯罪的案件中，实际上大多数犯罪嫌疑人的行为都已经构成了生产、销售有毒、有害食品罪。据最高人民法院的统计，2010年至2012年，全国法院共审结生产、销售不符合安全（卫生）标准的食品刑事案件和生产、销售有毒、有害食品刑事案件1533件，生效判决人数2088人。其中，2010年、2011年和2012年，全国审结这两类刑事案件数分别为119件、333件、1081件。在此前的2008年，全国法院审结这两类案件84件，2009年则是148件。从2008年的84件，到2012年的1081件，食品安全刑事案件数量增长了12倍多。但另外的数字是，2009年，我国工商部门查处流通环节食品违法案件2.1万起，2010年，在种植养殖、食品生产加工、商贸流通、餐饮服务等环节，共查处违法违规行为13万起，取缔和停产违规企业单位10余万家。[1] 如此低的案件移交率从另一个侧面反映出很多食品安全犯罪成了漏网之鱼，刑法的惩罚力度大大降低了。

我们认为之所以会出现这一问题，一方面在于复杂的犯罪行为本身与立法的疏漏。例如，通常情况下，非法经营食品及相关产品者一般是作坊式、家庭式生产经营，没有健全的财务会计账目，要想查清销售金额很难。而且以销售金额作为适用罚金刑的基准，会使没有销售金额或销售金额较小，但违法严重的犯罪分子得不到应有的惩处，有损刑法的权威性。矛盾的局面却是刑法所要时刻面对的，因为这涉及罪与非罪的问题。“把犯罪和其他反社会行为区分开，不只是一个技术问题，更是一个具有重大价值的原则问题。”[2] 另一方面在于食品安全鉴定结论的定位不清。生产、销售不符合安全标准的食品罪是具体危险犯，只有在“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的情况下才能构成本罪。[3] 而根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定：“经省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定，食品中含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物的，应认定为《刑法》第143条规定的‘足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病’。”可见，鉴定结论在认定食品安全犯罪上作用重大。但是这一鉴定结论又存在定位不清的问题：一是公安机关在查处案件时是否必须以卫生行政部门的处理为前

---

〔1〕 王峰、陈虹伟：“严刑围堵食品安全犯罪”，载 http：//www.legaldaily.com.cn/integrity - observe/content/2013 - 07/31/content_ 4713105.htm，访问日期：2013年8月5日。

〔2〕 储槐植：“我国刑法中犯罪概念的定量因素”，载《法学研究》1988年第2期。

〔3〕《刑法修正案（八）》中已将生产、销售有毒、有害食品罪中的“造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾病，对人体健康造成严重危害”修改为了“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”，所以生产、销售有毒、有害食品罪已经不再以鉴定结论作为认定标准了。

提，易言之，行政认定是否是刑事认识的前置程序。二是由于此类鉴定的专业性强，技术要求高，法律责任大，因此实践中困难重重，相关的鉴定意见很难出具。其结果是，危害食品安全的犯罪要么被“低估”，即降格以生产、销售伪劣商品罪追究刑事责任，因为证伪相对容易，而要证明不符合安全标准达到危险程度却是颇费周折的；要么被“升级”，即以其他危险方法危害公共安全罪来进行追究。而无论“升级”，还是“降格”，都偏离了事情的本来面目，有失妥当。[1] 三是虽然有相关的司法解释对此做出了规定，但是司法解释对此处的规定依然模糊。两高解释只是在对“严重食物中毒事故、严重食源性疾病”进行循环解释，以“严重”的概念解释“严重”，仍然欠缺可操作性。

新近出台的《解释》很好地从法律规定上解决了鉴定难的问题，下一步司法重点应转为如何具体落实的问题。《解释》第1条规定：“生产、销售不符合食品安全标准的食品，具有下列情形之一的，应当认定为《刑法》第143条规定的‘足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病’：（一）含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的；（二）属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的；（三）属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的；（四）婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的；（五）其他足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形。”第20条规定：“下列物质应当认定为‘有毒、有害的非食品原料’：（一）法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质；（二）国务院有关部门公布的《食品中可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的物质；（三）国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其他有毒、有害物质；（四）其他危害人体健康的物质。”第21条规定：“‘足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病’‘有毒、有害非食品原料’难以确定的，司法机关可以根据检验报告并结合专家意见等相关材料进行认定。必要时，人民法院可以依法通知有关专家出庭作出说明。”

（二）在刑事立法层面上完善《刑法》和《食品安全法》对接的建议

1. 食品安全犯罪调整对象的扩充

将食品安全犯罪依照《食品安全法》，加强保护婴幼儿等特定人群，调整对象扩充到食品相关产品。

从目前的立法来看，对于食品的保护已经有生产、销售不符合安全标准的

---

[1] 卢建平、方翌：“完善食品安全的刑法保护”，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2009年第1期。

食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪，可以说对食品的保护已经较为完善。但是，专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品、进口食品和转基因食品仍然是食品安全的薄弱环节，尤其是专供婴幼儿食用或者饮用的食品。近年来，从“阜阳毒奶粉案”到“三鹿奶粉案”，从“蒙牛门”到“光明门”，我国乳制品行业暴露出了许多问题。乳制品作为人们生活不可或缺的一部分，其安全问题必须引起足够的重视。我们认为，首先，应当完善乳制品行业的相关标准和规章，其次，在刑法上加强对专供婴幼儿和其他特定人群食品安全的惩罚力度。可以在《刑法》第143条后补充一款：生产、销售专供婴幼儿和其他特定人群食用或者饮用的不符合卫生标准的食品的，从重处罚。

对于食品相关产品也应该首先制定好相关的安全标准，其次，在刑事立法上对该类犯罪对象予以规制。对于食品相关的产品则可以纳入到生产、销售不符合安全标准的食品罪中，在此罪的犯罪对象中增加不符合食品安全标准的相关产品，从而实现《刑法》和《食品安全法》在保护对象上的一致。

2. 食品安全犯罪规制环节的增加

前文已经分析了目前我国《刑法》只对生产、销售和监管行为进行立法规制，这显然窄于《食品安全法》的规制环节，因此，应当增加相应的环节，从而实现食品安全的周延保护。对于这一问题，有学者建议采取增设“危害食品安全罪”的方式来处罚除生产、销售不符合卫生标准的食品和有毒、有害食品之外的其他危害食品安全的行为。[1] 笔者认为，危害食品安全罪是一类罪，如果用一个罪名予以囊括会有口袋罪的嫌疑，并且危害食品安全罪本身就应包括生产、销售行为，如果单独立法的话则要废止相关的法律条文，不符合法的经济性。本文认为，可将《刑法》第143条、第144条的“生产、销售”修改为“生产、经营”，这样不仅可以将食用农产品的种植、养殖纳入刑法规制范围，还有效保护了运输、贮存等食品流通环节和餐饮服务，我们可以据此界定有毒、有害食品、生产、经营不符合安全标准食品的行为，同时也很好地解决了与《食品安全法》的衔接问题，也解决了《解释》涉嫌类推解释的问题。

此外，对于食品安全犯罪的相关预备行为（如购入、贮藏有毒、有害非食品原料）也可以采取刑事立法的方式予以规制。“今天的刑法不仅是对侵害的反应，而且它还有这样的任务：使保障社会安全的基本条件得到遵循。”[2] 这是风险社会下刑法的转型要求。受利益成本的影响和驱动，行为人购入大量问题

---

〔1〕 参见肖元：“对食品安全刑法保护的思考”，载《西南民族大学学报》2006年第2期。

〔2〕［德］乌尔斯·金德霍伊泽尔：“安全刑法——风险社会的刑法危险”，刘国良编译，载《马克思主义与现实》2005年第3期。

原料或有问题食品的目的，最终还是在于通过投向市场赚取利润，而以这种问题原料生产的食品或不符合安全标准的有毒、有害食品一旦投入市场，就会造成不可估量的损害结果，因此，适当地对此类犯罪的预备行为进行刑罚处罚是恰当的。[1] 国外也有这样的立法例，如《瑞典刑法》第233条就有贩卖有害健康饲料罪之规定，“故意输入储藏陈列或者贩卖有害健康之饲料或者原料者处轻惩役或并科罚金并公告有罪之判决。”

3. 注意食品安全行政违法和犯罪的边界，严禁以罚代刑，严惩食品监管渎职

事实表明，一方面，我国食品安全领域的违法犯罪现象比较严重，另一方面，绝大多数案件被行政处理了。因此，行政执法机关不仅要保证这些涉嫌食品安全案件的公正处理，还应该依据国务院2001年实施的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，积极向司法机关移送涉嫌危害食品安全犯罪的案件，严禁以罚代刑。

考虑到食品安全关系到人民群众的身体健康和切身利益，近年来在食品领域又屡屡发生重大食品安全事故，负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员难辞其咎。《刑法修正案（八)》新增加了“食品监管渎职罪”这一新罪名。但从实践来看，虽然不少观点批评食品安全监管“4个大盖帽管不了1棵豆芽菜”，但在司法机关追究这类犯罪时，监管部门往往认为他们自身也有难处。如食品药品监管力量弱、设备缺，监管却地域广、任务重，尤其是在广大农村，这一问题更加突出。这与该罪的罪状规定还不够明确，相关后果较难认定有关，也与多个监管部门的职责不明有关。因此，便于实践操作的标准出台，对于食品监管渎职罪的适用具有重要意义。

五、结　语

食品安全涉及的对象和环节极为广泛，并且在全球化的背景下，食品生产流通链条更被拉长了。因此，食品安全犯罪的规制是一个极其复杂的体系工程，刑法只是这一庞大体系中的一部分，想要实现食品安全的全方位监控，仅靠刑法是无法完成的，只有在完善相关的食品安全法律法规的基础上，实现刑法和食品安全法律法规的对接，才能构建起食品安全防治的坚固防线。

---

〔1〕 徐军、吴光升：“我国食品安全刑事责任框架建构”，载《人民检察》2009年第19期。

第三节

论我国食品安全的刑法保护

段阳伟 *　赵茵茵 **

食品是人类用来维持生命运行的最基本的物质，是人类得以存活和延续的保证。一旦食品安全出现问题，其危害性不可逆转，不仅会影响经济的发展、社会的稳定，损害国家在对外贸易中的形象，还会对不特定的多数人的生命健康造成严重损害。因此，完善食品安全刑法保护制度具有重大的学术和应用价值。

近些年来，随着食品安全形势的不断严峻，对食品安全问题的探讨声不绝于耳，但是，食品安全问题并未有所改善反而愈演愈烈，这与社会各方面的监管不力有很大关系。刑事立法作为社会监管的重要组成部分也难辞其咎，本文就从我国食品安全刑法保护的相关概念入手，在对国内外食品安全刑事法律制度的比较的基础上，评述我国食品安全刑法保护的现状并找寻其中弊病，追本溯源，对症下药，为理性构建我国食品安全刑法保护体系贡献自己的思考，也为相关制度的完善提出建议。

2009 年 6 月 1 日，《食品安全法》取代实行了 14 年的《食品卫生法》开始正式实施。用“安全”取代“卫生”，说明了我国食品安全理念的大幅提升，以及从立法到监管的全方位转变。刑法作为法律体系的最后一道防线也应该

---

* 湖北汽车工业学院讲师。

** 西北政法大学刑法研究生。

与时俱进，成为保障食品安全的坚强后盾。为此，本文将从食品安全基本理论和现行刑法入手，重新审视当下刑法体系，提出完善对策。

一、食品安全刑法保护概述

（一）食品安全的概念

关于食品安全的概念，不同学科对其有特定表述：

首先，食品安全分为广义的食品安全和狭义的食品安全。狭义的食品安全有很多种定义，概括起来就是指食物本身不含有有毒、有害物质并且不会对食用者甚至其后代的身体健康造成损害；而广义的食品安全除了包括食品本身的安全特性之外还要保证一个国家或地区的食品供给十分充足，不会出现食品危机。[1]

其次，食品安全有绝对安全和相对安全之分，这个概念由美国学者 Jones 提出。所谓食品的绝对安全是对所生产食品的一种绝对性保证，确保该食品不会对任何人造成任何形式的损害，也就是说食品需要确保绝对的无风险才能达到"食品安全"的标准。所谓食品的相对安全是指消费者以正常的方式和食量食用一种食品时其身体健康不会遭受损害，这种定义强调一个基础条件，即正常的方法和食量。显然，绝对安全这个概念因为不具备可操作性而很难被采用，现阶段所谈到的食品安全多为食品的相对安全。

实践中，我国《食品安全法》对食品安全的要求是：食品不仅要无毒、无害还要达到一定的营养标准，另外不会对人体健康造成急性或者慢性危害。[2]

可以说，我国《食品安全法》关于食品的定义为评判食品安全与否提供了一个标准，但这只是一个静态的评判，并不能动态地反映食品"从农田到餐桌"各环节中的所有因素，因此，仍需完善。

（二）我国当前食品安全现状分析

目前我国较突出的食品安全问题主要存在以下几方面：

1. 环境污染的威胁

自然环境中，土地、江河湖海、地下水等的污染是导致食品安全问题屡屡发生的一个重要因素。在较早期的统计中，我国几乎所有的河流、湖泊和近海都受到不同程度的污染，一半以上污染严重，其中藻类及富营养化污染程度尤其严重。可怕的是，持久性有机污染物及重金属元素会在农、林、水产品中富

---

〔1〕 刑法中所提到的食品安全取狭义之义。

〔2〕 这个定义就要求食品具有成分的安全性、功能的安全性、免疫的安全性以及遗传的安全性，其中，遗传的安全性是要保证人类的基因和遗传功能不会被改变和破坏。

集，对人体产生持久性的危害。对全国 14 个大城市 2110 个蔬菜样品的检测显示，重金属超标的占 23.5%。环保部调查也显示，由于重金属的超标或富集对我国土壤和水源所造成的污染，对我们的生态环境、食品安全、人民群众的身体健康和农业产业的可持续发展已经构成严重威胁。严重的土壤和河流污染会给全人类带来灾难性的后果。现有环境中的粉尘污染和酸雨等也都对食品安全带来巨大危害。

2. 农、禽类产品的安全问题严重

受我国现阶段国情所限，农民的受教育程度普遍不高，文化水平整体偏低，导致在管理上已跟不上现代农业的要求，在使用化肥、农药时，出现盲目过量的问题。特别是在农药的使用量上，每年都呈上升趋势，增长比例严重失调。再加上农民长期以来用惯了见效快、杀伤力强、毒性高的农药，如有机磷杀虫剂、甲胺磷等，由于这些农药价格比较低廉，效果明显，在长期使用中，农民对这些农药比较熟悉，加上使用不科学、不规范，使得农药的实际利用率很低，不但增加了生产成本，造成资源浪费，而且大多残留在环境中，日积月累成为土壤、地下水、地表水的主要污染源。禽类产品养殖中，动物疫病传播、微生物污染、抗生素滥用、兽药残留、化学物质污染和残留等都导致了禽类产品安全状况的下降。

3. 食品生产加工过程中的安全隐患

我国人口众多、地域广博，食品加工多以小、散、乱的形式存在，食品监管难度较大。另外，大量黑心商家唯利是图，为追求利益不择手段，引发众多的食品安全问题。主要问题有：①食品生产前的原材料不安全。如用病死动物加工熟肉制品；高毒性药水浸泡肉制品；沃尔玛“狐狸肉”事件等等。②对食品添加剂的过量使用。如饮料中的超标化学合成甜味剂；将过量苏丹红勾兑进番茄酱等。③属于非食品添加剂的其他化学添加剂使用泛滥。如“吊白块”、“瘦肉精”以及臭名昭著的“三聚氰胺”等的滥用。

4. 市场流通环节出现的食品安全问题

当前我国食品安全法律体系不完善，食品安全法律规范得不到认真贯彻，缺乏及时、有效的市场监管以及全社会诚信意识的普遍缺乏，导致流通环节中食品安全问题的大量存在。目前，食品经营者中绝大多数为个体工商户，散、乱、小格局下的他们缺乏必须的卫生措施，管理也比较落后，一些无良业者更是钱迷心窍，将过期变质食品变相销售。除食品经营者外，一些食品市场也缺乏有效的质量检验和安全监测手段，使造假者乘虚而入，有的市场甚至成了假冒伪劣食品的集散地。此外，假冒伪劣食品正在一点一点地向广大农村地区渗透，这也不得不引起我们强烈的关注。

5. 食品安全的法律监管体系还不够完善

在立法层面，食品安全的立法还不够完善。法律规范不科学，有些法律相互冲突。食品安全的标准体系不协调，缺乏统一性，布局不够合理，技术含量相对较低。

在执法层面，对食品安全的监管，主要由农业、卫生、工商、质监等近十个部门分担，分段监管模式导致了负责食品安全监管的执法主体权责不明，监管交叉、重复，食品安全工作的属地管理与某些部门的垂直管理的模式矛盾重重，各监管部门不能够做到统一部署、密切配合，监管效率低下，使得假冒伪劣食品钻了空子，有机可乘。

在司法层面，食品安全的刑事司法和行政处罚之间衔接不到位，司法移交程序不够通畅，刑事司法在保障食品安全中未能起到最后防线和最坚强后盾的作用。

（三）食品安全刑法保护的意义

食品安全刑法保护简单来说就是用刑法的方式来规制危害食品安全犯罪行为，具体就是指通过立法的方式把危害食品安全的行为规定为犯罪，并设定与之相适应的刑罚，从而依法追究相关行为人的刑事责任。依据刑法规定来惩治破坏食品安全的行为，具有十分重大的意义，这主要体现在食品安全犯罪自身的巨大危害性以及刑法的严厉性和最后保障功能上。

首先，食品安全犯罪具有巨大的危害性。食品安全犯罪不仅会破坏食品市场的经济秩序，更重要的是会危及不特定多数人的身体健康，从另一个角度来说，还会导致市场和人心的不稳定，不利于我国经济的发展。此外，由于我国很多食品出口国外，过多的食品安全问题不仅会影响我国的对外贸易，还会影响到中国的国际形象。

其次，刑法严厉的功能特性决定了其在规制食品安全犯罪时的重要作用。强制性是所有法律的共同特点，在诸法之中刑法的强制性是最强的。它用刑罚的方式来惩罚违反者，这就导致不仅会对违反者作出罚款、停业的处罚，还会剥夺其自由权利、政治权利甚至是生命权利。因此，从能力的角度来说，刑法规制食品安全犯罪的能力是其他法律无法比拟的。

最后，从刑法的最后保障功能来看，刑法有规制食品安全犯罪的义务。刑法被称作万法之盾，是整个法律体系的最后保障，当不法分子的行为已经足够恶劣，《食品安全法》等行政法规无法有效监管时，刑法有义务承担起最后的保障功能。由此可见，刑法在整个食品安全法律体系中的地位是举足轻重的，我们必须在了解其历史和现状的基础上不断地完善相关规定，才能满足社会的需求。

二、我国食品安全刑法保护的现状

对我国食品安全刑事立法现状的梳理，可以为完善食品安全刑事立法研究提供基础和前提。目前，我国食品安全刑事立法主要规定在《食品安全法》和《刑法》之中。《食品安全法》对侵犯食品安全行为刑事责任的规定主要表现在第98条；《刑法》对侵犯食品安全的行为规制主要涉及两大类：与食品生产经营相关的刑事责任和与食品安全监管相关的刑事责任。

（一）《食品安全法》中食品安全刑事责任的规定

《食品安全法》有关刑事责任的规定在第98条："违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。"笔者认为，对这一条款可作两种理解，一种是将"犯罪"简单地理解为刑法规定的犯罪，对违反《食品安全法》规定，同时触犯刑法规定的行为予以追究刑事责任，而对于刑法没有明确规制的行为不予追究刑事责任；另一种理解是看违反《食品安全法》规定的行为是否具备犯罪的本质特征，即是否具有严重的社会危害性，如果具有则依法追究刑事责任。依据犯罪学理论，行为的严重社会危害性是犯罪的本质特征。首先，行为要具有社会危害性，即该行为对我国社会主义社会关系实际造成的损害或者可能造成的损害。其次，犯罪与一般违法行为都具有社会危害性，二者的区别则在于社会危害性程度不同。犯罪是具有严重社会危害性的行为，必须用刑法加以规制，我国《刑法》规定也明确出当不法行为达到严重的危害社会的程度时，即认定为犯罪。[1][2]

对此，笔者倾向于第二种理解，即违反《食品安全法》的行为构成严重社会危害性时应追究刑事责任。这顺应了国家制定食品安全法律的初衷，也将实现法律保护食品安全从而保障人们生命健康以及维护社会稳定的重要意义。然而，这种仅具有犯罪本质特征的"犯罪"，从本源意义上讲只是社会学上的犯罪，而不是罪刑法定原则下的犯罪。根据我国刑法视野中的罪刑法定原则要求，犯罪必须同时具有严重的社会危害性和刑法规范的明文规定。所以，为了适应社会生活，保护社会关系，随着社会危害性的变化，立法机关需要在立法上及时的做出反应。这种反应分为三种形式：一是废，当某种行为由具有社会危害

---

〔1〕 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第19页 。

〔2〕《刑法》第13条规定："一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。"

性变为没有社会危害性或者危害性不必处以刑罚的时候，应当改变对其的评价，废除原来的法律规定。二是改，当某种行为由具有较小的社会危害性变为社会危害性较大的时候，或者某种行为由具有较大的社会危害性变为社会危害性较小的时候，应当在法律上修改对某一行为的社会危害性的评价。三是立，当某种行为从没有社会危害性变为具有一定的社会危害性，并且达到应受刑罚处罚的程度时，必须对社会危害性做出评价，通过立法将其规定为犯罪。也正因如此，完善食品安全刑事立法是十分必要的。

（二）《刑法》中食品安全刑事责任的规定

涉及食品安全的犯罪根据主体的不同可以区分为食品生产、经营者的责任和食品监管部门的责任。

1. 食品生产、经营者的责任

刑法涉及食品生产者、销售者责任的罪名主要有两个，即生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪。这两个罪名规定在《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的第一节生产、销售伪劣商品罪中。

关于生产、销售不符合安全标准的食品罪，《刑法》第143条规定："生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；后果特别严重的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。"关于生产、销售有毒、有害食品罪，《刑法》第144条规定："在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处5年以下有期徒刑，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，依照本法第141条的规定处罚。"

这两个罪名的客体都是复杂客体，即国家对食品卫生和食品安全的监督管理秩序和不特定多数人的健康权利。但这两个罪名规定在《刑法》第三章中，也就意味着本罪主要的客体是国家对食品卫生和食品安全的监督管理秩序。

生产、销售不符合安全标准的食品罪的客观方面，主要表现为行为人违反国家食品安全管理法规，生产、销售不符合安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的行为。该罪是危险犯，不要求有造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的事实发生，而只要有足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的事实或状态的存在，即可构成该罪。若行为人造成实害结果，则要加重处罚。该罪是选择罪名，只要有生产或者销售任一行为，即可构成本罪。生产、销售有毒、有害食品罪的客观方面，主要

表现为行为人违反国家食品安全管理法规，在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。该罪是行为犯，只要求行为人出于故意实施了在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品仍予以销售的行为，就可以构成本罪。若造成实害结果，则要加重处罚。[1]

这两个罪名的主体都是一般主体，即可以是年满16周岁的个人，也可以是单位。这两个罪名的主观方面都只能由故意构成。

2. 食品监管部门的责任

食品安全监管制度是保障食品安全、预防食品安全事故的重要制度。因此，对于一些监管人员违反相关规定，滥用职权、徇私舞弊，包庇、放纵食品安全的行为，刑法也进行了规定，设置了相应的刑罚，保障食品安全监管制度的有效运行。

涉及食品安全监管部门的责任的罪名主要有：《刑法》第397条规定的滥用职权罪和玩忽职守罪；《刑法》第412条规定的商检徇私舞弊罪和商检失职罪；《刑法》第413条规定的动植物检疫徇私舞弊罪和动植物检疫失职罪；《刑法》第414条规定的放纵制售伪劣商品犯罪行为罪等。

在《刑法修正案（八）》中增设食品监管渎职罪。[2] 该罪的犯罪客体是食品生产、流通、餐饮服务监督管理部门或者其他有关行政部门的正常监督管理活动，具体遵循《食品安全法》第八章对食品生产、流通、餐饮服务监督管理部门或者其他有关行政部门的监督管理职责系统的规范。本罪的犯罪主体是特殊主体，是负有食品安全监管职责的国家工作人员，主要涉及卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理等部门在内的国家机关工作人员、县级以上政府有关国家机关工作人员。尤其值得注意的是，本罪主观方面有两种表现：滥用职权的主观方面表现为故意，而玩忽职守的主观方面表现为过失。由此可见，食品监管渎职罪的适用情形很多，比如，滥用职权表现为食品安全监管人员明知食品的生产经营行为违法却不予追究，故意隐瞒食品安全事故不报等情形；玩忽职守表现为食品安全监管人员不认真履行职责，对监管工作走过场，在食品安全风险监测和评估数据统计过程中粗心大意、不负

---

〔1〕 熊选国主编：《最新刑法典分则实用丛书——生产、销售伪劣商品罪》，中国人民公安大学出版社2003年版，第101~151页。

〔2〕《刑法修正案（八）》第49条规定：在刑法第408条后增加一条，作为第408条之一："负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处五年以上十年以下有期徒刑。徇私舞弊犯前款罪的，从重处罚。"

责任等情形。另外，该条款要求食品监管渎职行为必须导致重大食品安全事故或者造成其他严重后果的发生。根据《食品安全法》规定，食品安全事故是指由食品引发的对人体健康有危害的事故，包括食物中毒、食源性疾病、食品污染等，而“其他严重后果”的认定尚没有相关的法律条文予以确定。该罪名属于特别法条，与前述滥用职权罪、玩忽职守罪是特别与一般的关系。

这一罪名的设置具有极大的社会意义和现实意义。首先，这一罪名的设置突出了国家重视食品安全，重视打破食品监管部门监管乏力现状的工作重点，督促了监管者切实地履行自己的职责，对食品安全保持高度的警惕；其次，由于食品安全监管失职犯罪行为的社会危害性具有一定的特殊性，比如，食源性疾病对人体的危害具有长期性或潜在性等特征，这些都不是普通的滥用职权罪、玩忽职守罪所能涵盖的。因此，这一罪名的设置解决了原有司法实践中“处罚难”的问题。

三、我国与境外食品安全犯罪的立法比较

（一）立法模式方面

正如上文所指出的，我国对于食品安全犯罪现行的刑法立法模式是以刑法典为主，以概括式依附性的附属刑法为辅的立法模式。采取这种模式，主要还是受我国“大一统”传统文化的影响，立法者过于自信理性的力量以及过度追求法典“统一”的完美性。不可否认，以一部刑法典规定所有的犯罪及刑罚，有着独特的优点。刑法典具有较大的威慑力，更有利于预防犯罪；刑法渊源集中，更便于司法机关对法条的适用。而世界上食品犯罪立法较为先进的国家，如德国、加拿大、日本、美国等国家则采用了附属型立法模式对食品安全犯罪行为进行规制。如美国，美国并没有统一的刑法典，附属刑法在其刑事立法中占有十分重要的位置。美国食品安全犯罪立法被美国农业部、美国食品药品监督管理局和美国环境保护局这三大机构划分成了三个领域，包括食品、作为食品原料的农产品和作为农产品生产条件的环境，囊括了“从农田到餐桌”的所有环节。而日本关于食品安全犯罪的规定主要集中在《日本食品卫生法》中，在该法第11章中对不同主体关于食品安全的犯罪行为都作出了详尽的规定。德国的《德国食品和日用品法》第51条规定禁止违反《德国食品和日用品法》第8条。第8条是《德国食品和日用品法》中最重要的条款，这条法律是以保护消费者的健康为立法目的的，它禁止以足以危害健康的方式生产和加工食品；禁止将对健康有害的物质当作食品投入流通。根据第51条的规定，对故意犯罪应当处3年以下监禁或者罚金，犯罪未遂也应当处罚。但是，在发生危害大量群众的健康，造成他人死亡危险、严重身体伤害或者健康损害，或者在严重的自

私自利的情况下为自己或者他人牟取大量财产利益的，处6个月以上5年以下监禁。对于过失犯罪应当处1年以下监禁或者罚金。[1]

从这些立法规定我们可以看出，这些国家对于食品安全犯罪所采取的是独立性散在型的附属刑法立法模式。

（二）刑法调整范围方面

如前文所述，我国刑法所调整的对象为处于生产和销售阶段的食品，而国外许多国家刑法关于食品安全的调整对象范围则更广泛，涉及了食品安全的方方面面。例如，德国的《食品和日用品法》第51条规定："禁止违反为保护身体健康而根据第9条对食品颁布的有关条例。"第9条允许颁布有关条例以规范特定领域里的食品，其中重要的规定有关于肉沫、肉片和其他生碎肉条例，关于营养品条例，关于蛋制品的健康性要求及其标志条例，以及关于牛奶、黄油、奶酪、冰激凌等的单行条例。德国的《食品和日用品法》还涉及了食品辐射的问题。日本的《食品安全基本法》将不符合标准和规格的添加剂、有毒器具等也作为食品犯罪的调整对象，而《巴西刑法典》将食品的营养价值、调配标准中的成分也列入了食品犯罪的调整范围。关于刑法调整的有关食品安全犯罪的行为方式，我国仅包括生产和销售行为，而国外的许多国家对此还涉及了隐藏、运输、为出售而展示、受寄托以供出售甚至夸大宣传等相关行为。例如，《新加坡共和国刑法典》第273条规定："出售、提供或陈列以出售任何作为食品或饮料的已被认定或已成为有毒的，或处于不适合作为食品或饮料出售的商品，且明知或有理由相信此商品作为食品或饮料是有毒的，处可长至6个月的有期徒刑或处可高至1000新元的罚金，或两罚并处。"[2]《挪威刑法典》第162条b项规定："非法制造、进口、取得、储存、邮寄或者运输法定添加剂的，是添加剂重罪，处罚金或者2年以下监禁。"

（三）主观方面

我国刑法将食品安全犯罪的主观罪过限定为故意，而世界上许多国家和地区为了更好地保障食品安全，则采取了不同的做法。意大利、冰岛、丹麦、保加利亚、希腊等国家，将一部分与食品安全相关的过失行为也规定为了犯罪，对其作了相对较轻的处罚规定。有些国家是将故意和过失规定在同一条款之中，例如，《挪威一般公民刑法典》第359条规定："故意或者过失提供下列物品予以销售的，处罚金或者3个月以下监禁：①由于掺杂使假、未熟、腐烂、烹调缺陷、保存方式或者其他的原因，对健康有害的人类食品、动物食料、兴奋饮

[1] 柯良栋、莫纪宏译：《新加坡共和国刑法典》，群众出版社1996年版，第72页。
[2] 马松建译，赵秉志审校：《挪威一般公民刑法典》，北京大学出版社2005年版，第69页。

料……”〔1〕而在美国，严格责任是食品安全犯罪普遍遵循的责任原则。故意或者过失并不是构成犯罪的必备要件，而是情节加重犯的规定。虽然在美国食品安全犯罪立法中严格责任是主流，但也并非是完全绝对的严格责任，立法也给出了一定的抗辩理由。在1955年，日本震惊世界的“森永奶粉中毒事件”，新新过失理论得到了具体运用。新新过失理论是以新过失理论为基础，鉴于日益严重的公害事故而提出的，以注意义务为其核心。在新过失理论中，注意义务是以行为人具有对具体结果的预见可能性为前提的。而随着高科技广泛地运用于生产领域，环境污染、食品、药品中毒事件时有发生，严重危及到了社会和公众的安全。如果行为人没有对具体结果的预见可能性就不追究其过失责任，这对于社会安全的维护和公众健康的保障都是不利的。日本刑法学家藤木英雄为此提出了“预见可能性如果是对具体的结果有预见，论以过失理所当然，但也未必要求具体预见，对危险发生有畏惧感就可以了。”这便是新新过失理论，已经具体运用到了日本食品安全犯罪当中。

（四）刑罚设置方面

1. 自由刑的比较

我国《刑法》第143条对生产、销售不符合安全标准的食品罪设置的自由刑最低是拘役，最高是无期徒刑。第144条规定的生产、销售有毒、有害食品罪最低档的是5年以下有期徒刑，最高可至死刑。与我国不同，国外立法中对食品安全犯罪所设置的自由刑多为短期自由刑，基本没有生命刑。不超过2年有期徒刑或监禁的国家有俄罗斯、芬兰、挪威、新加坡、印度等。还有一些国家的刑期处于2年以上5年以下的“中间状态”，包括越南、泰国、保加利亚、朝鲜、西班牙、希腊、喀麦隆等国。也有一些国家规定的是上限较高的基本法定刑，如丹麦、意大利、阿尔巴尼亚、冰岛等国，对此类犯罪规定的最高刑期是10年监禁或有期徒刑。这些国家一般认为食品安全犯罪侵害的是公共安全，而将其作为重罪处罚。

2. 罚金刑的比较

我国《刑法修正案（八）》对之前的规定进行了修正，删除了“单处”和“销售金额”以及比例的规定，开始实施无限额的罚金制，在很大程度上加大了对违法犯罪分子经济能力的剥夺。而国外大多数国家对于食品安全犯罪所设置的罚金刑是限额罚金制，规定了罚金的数额幅度，在法定的数额幅度内，由法院根据案件情况做出裁量，如《意大利刑法》第444条规定，“对非伪造、非仿

〔1〕马松建译，赵秉志审校：《挪威一般公民刑法典》，北京大学出版社2005年版，第69页。

造，但有妨害公众健康之食品为贩卖而持有，供贩卖或者消费而分配者，处6个月以上3年以下徒刑，并科2万里拉罚金”。《日本食品卫生法》第71条规定，“处以3年以下有期徒刑或300万元以下罚金”。有的国家或地区则采用了日罚金制，如《西班牙刑法典》第363条规定，“并处6个月至12个月罚金”。

3. 资格刑的比较

我国《刑法》对于食品安全犯罪并未设置处以剥夺其从事食品生产、销售的资格刑，只是在相应的行政处罚中，规定了责令“停止生产营业”、“没收违法所得”，处以一定数额的罚款等，情节严重的，会被“吊销卫生许可证”。而许多国家的刑法对于食品安全犯罪的行为人都规定了禁止其在一定期限内再从事相关职业的资格刑，这在很大程度上在一定期限内剥夺了食品安全犯罪行为人再犯的能力，对此类犯罪具有一定的抑制作用。如《意大利刑法典》第448条专门规定了实施食品安全类犯罪的附加刑，即“在5年至10年的期限内禁止担任法人和企业的领导职务。上述处罚还意味着在至少两种全国发行的报纸上公布处罚判决”。《西班牙刑法典》第363条规定，“同时剥夺其从事与工商业相关的职业及任务3至6年的权利”，第364条第1项规定，“在食品饮料中掺杂对健康有害物质，以供销售，按前条规定处罚。罪犯是该工厂拥有人或者负责人的，另将同时剥夺其从事工商业相关的职业及任务6至10年的权利”。澳门《经济法违法法》第10条规定，对该法律规定的犯罪，可单科或并科多种附加刑，其中包括暂时剥夺参加直接磋商、有限查询或公开竞投之权利，为期1至3年；暂时剥夺参加交易会及展销会之权利，为期不超过1年；暂时禁止从事某些职业或业务，为期2个月至3年；场所之暂时封闭，为期1个月至1年；场所之永久封闭。[1]

四、我国食品安全刑法保护存在的缺陷

我国食品安全刑事立法对维护国家对食品安全的监督管理制度，保护不特定消费者的合法权益曾起到了一定的积极作用。《食品安全法》对食品安全的保护体现在“从农田到餐桌”的整个过程，形成了一个较为完整的食品安全法律保护体系，打破了原有《食品卫生法》规制的局限。与之相比，我国刑事立法对食品安全的保护在一定程度上呈现了滞后性，对比《食品安全法》一系列的新规制，目前的刑事立法还存在着一些空白和不足之处，这些缺陷不利于法律之间的相互补充和衔接，导致无法形成完整的保护食品安全的法律体系。笔者

〔1〕 赵国强：《澳门刑法》，中国民主法制出版社2009年版，第158页。

以与《食品安全法》对接为视角，对现有食品安全刑事立法的缺陷和不足加以归纳总结。

（一）法典式立法模式不利于有效打击食品安全犯罪

在针对食品安全犯罪的立法模式上，我国所采取的是刑法典为主，以概括式依附性的附属刑法为辅的模式。我国1997年制定新刑法的指导思想就是“制定一部统一的、比较完备的刑法典”，所以，立法者将刑法实施后有关刑法的修改补充规定、决定研究以及非刑事法律中“依照”、“比照”刑法条文追究刑事责任的规定统一编入刑法当中。从此，我国的刑事立法开始朝着集中性、统一性方向发展。凡是需要增加犯罪类型与修改法定刑的，一概以修正案的方式对刑法典进行修改，不再有真正意义上的附属刑法。至今我国已经颁布了8个刑法修正案，绝大部分的条文都是针对行政犯罪和经济犯罪。法典模式有其自身的优点，但是这种集中式的刑事立法模式也存在缺陷，特别是对于食品安全犯罪这种经济犯罪而言，这种模式不利于有效打击食品安全犯罪。我国《食品安全法》第98条规定：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这种笼统式的附属刑法模式并没有规定任何实质性的内容，只是一个提示性的规定，是为了同刑法典相呼应而做出的原则性的规定，真正打击食品安全犯罪的重担依然是由刑法来负担的。这种方式的缺陷主要表现在：

1. 不利于法律之间的协调和统一

随着经济和科技的迅速发展，社会生活的不断变化，危害食品安全的不法行为的方式和内容也会产生变化，那么，《食品安全法》也会根据社会的现实情况，作出相应的修改，而刑法作为保障法，也应根据《食品安全法》的修改作出相应的修正，而二者修改的时间不可能是同一的，刑法的修改可能会滞后于《食品安全法》的修改，因而使很多严重危害到食品安全的不法行为，因法无明文规定而不能进行处罚，并且这种立法模式容易导致法律之间的矛盾和冲突。

2. 不利于刑法功能的发挥

《食品安全法》第98条的“违反本法规定”属于空白罪状，违反《食品安全法》是构成食品安全犯罪的前提。司法机关须先依照《食品安全法》的规定来确认行为人的行为是否违法，之后才可能去进一步地确定行为人是否构成犯罪。而这种“违反本法规定”的表述非常笼统，不利于司法机关正确适用，很可能会背离刑法价值，扩大或者缩小打击的范围。另一方面，行政执法人员大多不了解刑法有关食品安全犯罪的具体规定，在发现行为人实施了违反《食品安全法》的行为以后，也仅仅是给予行政处罚，而没有将危害食品安全可能构成犯罪的行为人送交司法机关处理。

（二）刑事立法调整范围狭窄

食品安全涉及整个食物链的全过程，包括作为食品原料的食用农产品的质量安全标准的制定与实施；农药、化肥、饲料的生产和使用；食品生产与加工、经营；食品添加剂的生产经营；食品包装等相关产品的生产经营等诸多环节。《食品安全法》的调整范围主要表现在五方面，分别是食品的生产经营，食品添加剂的生产经营，食品相关产品的生产经营，食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品以及对食品添加剂和食品相关产品的安全管理。《食品安全法》调整范围的确定，为我国食品安全提供了坚实的法律制度基础。对比《食品安全法》的调整范围，我国现有食品安全刑事立法的调整范围显得较为狭窄，主要表现为犯罪主体、犯罪对象的单一，主观罪过的单一及与相关法律衔接的缺失。

1. 犯罪主体单一

根据我国刑法学理论，犯罪主体主要指实施严重危害社会的行为，具有刑事责任能力的自然人和单位。[1] 犯罪主体是犯罪构成的必备条件之一，不存在没有犯罪主体的犯罪，但是并不是任何人实施了刑法所禁止的危害社会的行为都构成犯罪并承担刑事责任，而是只有具备法律要求的犯罪主体资格的人，才能构成犯罪并承担刑事责任。因此，犯罪主体范围的确定是认定犯罪的重要前提。

《食品安全法》规定的责任主体较为广泛，不仅规定了食品生产、销售者的责任，更多的是追究一个广义的生产经营者的责任，根据《食品安全法》第2条规定，负责食品安全的主体涉及食品生产、加工、包装、运输、贮藏、销售等人员以及食品生产加工小作坊、食品摊贩、餐饮服务者等，这些责任主体都应该构成食品犯罪的主体。

目前，我国《刑法》对涉及生产经营主体的食品犯罪只规定了生产者、销售者的责任，以及负有食品安全监管职责的国家工作人员。至于与食品安全相关的其他犯罪主体，在相关的司法解释中可以找到食品的运输者、贮藏者在某些情况下以共犯论处的情形。[2] 但该规定仅规定了食品运输者、贮藏者等的帮助行为，没有对食品运输者、贮藏者等作为独立主体的危害食品安全的行为进行规制。如果食品运输者接到食品生产者的运输任务后，运输途中发生滞留期间未采取任何有效的保鲜、保质措施，致使食品发生腐坏、变质，而后又在明知该食品腐坏、变质的情形下将食品交付给食品销售者，食品销售者销售该腐坏、变质食品造成了严重的危害后果。在这种情形下，由于食品运输者既不是

---

〔1〕 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2011年版，第95页。

〔2〕 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2011年版，第95页。

食品生产者又不是食品销售者，因此，不构成我国刑法规制的食品安全生产经营类犯罪，也不符合上述司法解释的规定构成生产经营类犯罪的共犯。如此一来，食品运输者就逃避了刑事责任，而由于其行为造成的不利后果和社会危害却足以等同于生产者、销售者生产、销售腐坏、变质食品所达到的严重程度。同理，这类情形同样可能发生在食品安全相关的其他责任主体上。可见，当前的刑事立法并没有实现对食品安全法责任主体的完整规制，即使有司法解释作为补充也只是就个别情况以共犯的形式入罪。

因此，我国《刑法》仅规定食品的生产、销售者为犯罪主体，在犯罪主体方面与《食品安全法》不法行为责任主体的规定出现了空档，食品安全刑事责任主体与食品安全法责任主体无法全部对接的现状，不利于刑法对食品安全责任主体的有效规制，从而使刑法的保护功能无法全面、有效地实现。

2. 犯罪对象单一

犯罪对象是指犯罪行为直接施加影响，并通过这种影响某种客体遭受侵犯的具体的人或物。[1] 犯罪对象与犯罪客体的联系是非常紧密的，两者是表里关系，即犯罪客体的表现形式为犯罪对象。我国《刑法》对食品犯罪的犯罪对象只规定为不符合安全标准的食品和有毒、有害食品。不符合安全标准的食品是指生产经营的食品不符合国家食品安全标准规定，没有达到保证人体健康所必须达到的基本安全要求，并足以对人体健康造成损害的食品；有毒、有害食品是在食品中掺入了有毒、有害的非食品原料的食品。

从刑法立法的角度，立法者之所以区分上述两种犯罪对象，是出于考虑有毒、有害食品犯罪的危害性更大，因而规定了更重的法定刑。但笔者认为，这一区分存在一定的不足，原因在于：这一区分是由原有《刑法》规定的不符合卫生标准的食品和有毒、有害食品的分类演变而来的，刑法修正案将“卫生标准”改为“安全标准”，实现了《刑法》与《食品安全法》的对接。根据《食品安全法》规定，“食品安全，指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。”[2] 食品“安全标准”的内涵要比食品“卫生标准”更为全面和宽泛，既涵盖了不符合卫生标准的食品，也包括了因受农药、兽药、重金属污染的农产品以及因食品质量因素导致的对人体健康可能造成损害的食品。我们不难看出，这一范畴可以完全包括原有《刑法》规定的有毒、有害食品涉及的范围。

另外，除食品外食品添加剂及食品相关产品是否应该列为犯罪对象也是值

〔1〕 贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 69 页。

〔2〕 参见《食品安全法》第 99 条。

得研究的。[1]《食品安全法》在约束食品生产经营行为的同时，将食品添加剂、食品相关产品的生产经营行为也纳入了其规制范围之内。然而，当前食品安全刑事立法所涉及食品安全的犯罪对象仅有“不符合安全标准的食品”和“含有有毒、有害非食品原料的食品”，确切地说只是食品，对于与食品安全密切相关的食品添加剂、食品相关产品等并没有将其作为犯罪对象而予以规定，这给不法食品添加剂、食品相关产品的生产经营者规避刑事责任的追究提供了借口。

司法实践中频频发生的食品安全事件多与食品添加剂及食品的相关产品有关。众所周知，近年来发生的“三聚氰胺”、“瘦肉精”、“苏丹红”、“狐狸肉”等事件，到台湾“塑化剂”事件，无不与食品添加剂的非法使用相关。

3. 主观方面缺少过失类犯罪

犯罪的主观方面，是指犯罪人实施犯罪行为时，对其行为引起的危害社会的结果所持的心理态度——故意、过失（刑法理论上合称罪过）以及动机、目的。[2] 我国《刑法》规定的生产、销售不安全食品的犯罪在主观上只能由故意构成，过失生产、销售了不安全食品的行为不构成犯罪。而《食品安全法》第36条、第39条分别对食品生产者、经营者的采购行为规定了查验义务，这充分体现了法律对生产经营者必须尽注意义务的重视。

随着人们生活水平的大幅度提高和科技水平的不断进步，与食品相关的制售行业蓬勃发展，随之而来的是对食品相关的生产技术水平和安全检测标准要求的不断严格，在这种情形下，食品生产经营者的义务注意事项势必会越来越多，而由于食品生产经营者安全意识的淡薄或尽注意义务的成本过高等因素的影响，因过失而引发食品安全事故的概率不断增大。

4. 与《食品安全法》规定的相关制度对接的缺失

《食品安全法》的出台，使得一系列与食品安全相关的制度得以确立，并得到了法律的支撑。如食品召回制度、生产经营许可制度、风险监测、风险评估制度等制度的确立，可以说在食品生产经营及监督管理的各个环节为食品安全提供了制度保障，并对食品安全法律体系的建立起到了积极作用。但是，在这些制度确立的同时，相关法律责任追究体系的完善并没有同步展开，面对违反《食品安全法》规定的各种制度的具有严重社会危害性、足以构成犯罪行为的规制，我国食品安全刑事立法仍存在一定的对接空白，有待调整和完善。

---

〔1〕“食品添加剂”，指为改善食品品质和色、香、味以及为防腐、保鲜和加工工艺的需要而加入食品中的人工合成或者天然物质；“食品相关产品”包括用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备。参见《食品安全法》第2、99条。

〔2〕贾宇主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2011年版，第109页。

五、我国食品安全刑法保护的完善

（一）严密刑事法网

第一，目前，我国刑法规定，只有食品的生产者和销售者才能构成本罪，也就是说刑法的调整范围仅限食品的生产和销售环节。众所周知，食品安全是一项“从农田到餐桌”的复杂工程，其中包含了食品原材料的种养殖、生产、加工、运输等多个环节，而其中任一环节出现问题，都可能导致最后食品安全问题的发生。刑法将食品安全的犯罪主体仅仅规定为生产者和销售者，对生产、销售环节以外的危害行为不能进行惩罚，很明显主体范围过于狭窄，不能充分发挥刑法在整个食品产业链条中的保护作用，严重影响了刑法的制裁力度和实际效果。所以，应该扩大食品犯罪主体的范围，凡涉及食品安全的环节，都应纳入刑法调整的范围，参与食品链条的所有人，都应受到刑法的监督和约束。

第二，食品安全的刑法规制急需扩大调整范围，应当设置新的罪名来严厉打击具有严重危害性的各种危害食品安全的行为，使法网趋于严密。《刑法修正案》不断出台，可关于食品安全犯罪的法条仍然保持两条不变，在当前我国社会主义市场经济法律体系还不健全，不安全、不达标食品泛滥的背景下，其对食品安全的保护显得越来越力不从心。因此，必须要对《刑法》进行必要的修改，扩大《刑法》的调整范围，加大《刑法》的保护力度，可以通过增设新的罪名来加以完善。纵观我国当前食品安全刑事法律，与世界其他国家的刑法规制相比，一个明显的特点就是我国的食品安全刑事法律规定严而不密。国外刑事立法模式表现为密而不严，即法网严密，规定为犯罪的情况多，但同时规定的刑事责任相对轻缓，取消或废止死刑。与此相反，我们国家的《刑法》则表现为严而不密。食品安全犯罪活动多种多样，变化无常，我国《刑法》仅仅以两条罪来加以规制，而且一直未变，调整范围从始至终仅限于生产和销售环节，可见其保护食品安全是何等的吃力。遇到一些复杂的食品犯罪，《刑法》未作出规定，为了达到惩戒效果，只能生硬地套用其他法条，这样作出的判决结果很难让法律意识逐渐提高的人们所信服，充分体现了刑事法网不严密的问题。但是对于该二罪的惩罚力度则相当严格，刑罚横跨三个档次从最低的自由刑一直到最高的剥夺生命刑，又体现了我国刑法中刑事责任的苛厉。这种严而不密的立法模式直接导致食品安全中《刑法》的保护作用未能最大限度的发挥。我们可以试着增加几个实践中常发的，但《刑法》尚未予以调整的罪名。比如，对于儿童等特殊人群，应制定相应的特殊条款给予保护。儿童特别是婴幼儿，其身体发育刚刚开始，抵抗力很低，对大人来说尚不构成威胁的某些不安全食品，对儿童则可能构成威胁，有些甚至是致命性的，且受到侵害的儿童，在其将来

的成长中也可能一直伴随着潜在的危险，影响可能是终生的。另外，由现如今我国社会结构所决定，儿童问题很可能演变成大规模的社会问题，影响社会的安定团结，所以必须给予足够的重视。对特殊人群的特殊保护，刑法中已有体现，如对强奸14周岁以下幼女的特殊法律规定。同样，在食品安全保护方面也应该加强对弱势群体的保护力度，实现真正意义上的公平。

第三，完善食品犯罪的主观罪过。现行《刑法》对于侵犯食品安全的犯罪规定，主观方面只能由故意构成。立法上之所以这样规定，是有其客观历史原因的。改革开放以来，随着市场经济的不断发展，一些人唯利是图，生产、销售伪劣商品的违法行为不断增多，食品生产、销售中违法者受利益驱使，恶意的制假、售假行为也不断涌现，不仅严重影响了市场经济秩序，也危害了人们的身体健康。为了维护市场经济正常秩序，也为了严厉打击违法者的贪利动机，压制这种猖獗的制假、售假行为，立法者在制定惩罚措施时，将其主观罪过规定为故意。这样的规定有其一定的历史意义，但现如今食品安全已经成为影响全人类生存和发展的全球性问题，食品安全犯罪的主观过错仍限定为故意，已越来越不能满足《刑法》对食品安全保护的需要。

（1）现实发展的需要要求食品犯罪的主观罪过不能仅限于故意。随着改革开放的推进，人们的生活水平得到了极大提高，这使得人民对物质的要求不仅仅停留在温饱的水平线上，更要追求高质量与高营养。食品生产技术水平的不断提高和食品安全检测标准的不断细化，要求食品生产者和管理者的专业技能和注意事项不断增多，但相关当事人安全意识的淡薄、对食品安全重要性认识不足、对后果估计不足以及相应能力上的欠缺等业务过失难免会导致食品安全事故的发生。《食品安全法》第36条规定了食品生产者在进行采购时应履行查验义务。但是在日常的生产经营中，采购者往往出于对长期固定供货商的信任而怠于履职，这就可能导致食品安全事故的发生。此外，由于食品本身的特殊属性，使其在制造以及储藏的过程中，很容易由于当事者的马虎大意或者生产经营者监测不力使食品中的微生物大量繁殖而导致食物变质，进而引发大规模的食品安全事件。而这样的社会危害性并不因其主观上的过失而变得轻微。2003年12月辽宁省海城市发生的“豆奶中毒”案，正是因为生产者疏忽大意未能彻底灭活活性豆奶粉中的抗营养因子而导致的。在该食品安全事故中，食品生产经营者对危害结果的发生并非出于故意，而是一种过失行为，但是，生产者的这种业务过失所造成的是292名师生中毒的严重后果。若严格按照《刑法》规定，坚持罪刑法定原则的话，过失并不应构成食品犯罪，只需承担民事赔偿责任和行政责任。但因此案的社会影响和危害性都比较大，“海城豆奶中毒”事件的责任人最终被辽宁省高院以“生产、销售不符合卫生标准的食品罪”判处

有期徒刑3年。此案即充分暴露出食品犯罪主观罪过的不完善所造成的司法实践中的障碍以及所遭受的争议与尴尬。

（2）国际主流刑法思想都不认可故意为食品安全犯罪的唯一主观过错。许多国家和地区的法律都规定过失可以构成食品犯罪。如《澳门刑法典》第269条所规定的使供应养料之物质或医疗物质腐败罪即可以由过失构成。规定因过失对他人生命造成危险或对他人身体完整性造成严重危险者，处最高五年徒刑。德国《食品和日用品法》第51条也规定：对于过失犯罪应当处1年以下监禁或者罚金。不仅如此，《西班牙刑法典》、《巴西刑法典》、《意大利刑法》都有关于食品安全中过失犯罪的规定。美国将打击此类犯罪的社会效果发挥到最大，因此，对于此类包括食品、酒类的犯罪规定了严格责任，不考虑意识因素，抛开传统刑法的局限，不管行为人主观上是故意还是过失，只要实施了某种侵犯法益的行为或者发生了某种法益受损的结果就要承担相应的刑事责任。

（二）刑罚适用的完善

1. 罚金刑的完善

首先，关于罚金刑的地位，我国刑法学界有三种观点，第一种观点主张将罚金刑仍然规定为附加刑，但可以独立适用，从而有利于发挥罚金刑的灵活性。[1] 第二种观点认为罚金刑应上升为主刑，这样有利于提高罚金刑的执行率。[2] 第三种观点主张将罚金刑作为主刑的一种，又可以作为附加刑适用，并在分则中作出具体规定。[3] 也有学者提出新的观点，即立法应当规定："罚金刑为主刑，但可以并科适用"。对一个犯罪是否可以适用两个主刑，并不是主刑的本质所在，主刑的本质在于其服务于刑罚目的的作为较大，其刑罚功能较强，可适用的罪名较多，在司法实务中的适用率较高。与此相适应，凡具有上述功能，或者立法者意图使某一刑种达到上述目标，就应当将此刑种规定为主刑。[4] 笔者同意最后一种观点，因为从目前的观点来看，将罚金刑提升到主刑的地位已经成为刑法学界里的一种有力的呼声，特别是在针对图利性质的犯罪中，罚金刑有着其他刑罚方法不可取代的作用。在食品安全犯罪领域，也有着有效的预防犯罪的作用。针对犯罪分子的牟利性的特点，适用罚金刑是对症下药，不仅通过剥夺其经济利润来抑制其牟利的动机，还剥夺了其犯罪的经济基础和物

---

〔1〕 陈兴良：《刑法适用总论（下卷）》，法律出版社1999年版，第236页。

〔2〕 侯国云、薛瑞麟主编：《刑法的修改与完善》，中国政法大学出版社1989年版，第113页。

〔3〕 李云修、钟新岭："关于完善我国罚金刑立法的思考"，载《刑法发展与司法完善》，中国人民大学出版社1989年版，第204页。

〔4〕 邵维国：《罚金刑论》，吉林人民出版社2004年版，第133页。

质条件，而针对单位犯罪，罚金刑更是唯一可以适用的刑罚方法。将罚金刑提高到主刑的地位，提高其在司法实务中的适用率，既符合刑法发展的趋势，也符合社会经济发展的需要。但是将罚金刑提升到主刑后面临的问题就是如何发挥其作为自由刑的补充功能，而上述最后一种观点，则解决了这一问题，一方面使罚金刑主刑的地位得以明确确立，另一方面又丝毫不影响罚金刑对自由刑补充功能的发挥。

其次，针对食品安全犯罪，通过刑法的规定，必须适用罚金刑。因为，罚金刑针对的是行为人的犯罪动机，对食品安全此类贪利性的犯罪有着其特有的预防效果，将其和自由刑相结合，可以充分发挥刑罚特殊预防与一般预防的作用。为了发挥罚金刑的最大效果，必须确定其在食品安全犯罪中的适用范围，即只要构成犯罪，就必须适用罚金刑，不能以任何其他理由阻却罚金刑的适用，要对罚金刑的适用基础进行修改。目前，罚金刑的适用基础是销售金额，那就意味着，当没有销售行为时，就难以对犯罪分子适用罚金刑，对于那些销售金额很低的食品犯罪，对其适用比例的罚金，也根本达不到罚金刑的预期目的。并且，在实践中，由于销售额往往难以查清，实际上增加了罚金刑适用的难度。笔者认为，对于那些没有销售额或者销售额很小的食品犯罪行为，对于生产者而言，可以根据其生产金额处以一定比例的罚金，对于销售者，则可以通过其库存金额进行处罚。此外，还可以针对食品安全犯罪，设置罚金刑的最低标准，并且这个最低标准必须体现刑罚的严厉性，只有这样才能充分发挥罚金刑的威慑力，在这一点上，《食品安全法》对于违法行为的行政处罚的做法可以充分借鉴。

最后，应当提高食品安全犯罪的罚金刑的幅度。过低的罚金刑对于食品安全犯罪的威慑力难以体现，自然也就无法达到罚金刑在食品安全犯罪领域的最佳效果，从而体现最大的预防犯罪的能力。特别是在目前，罚金刑的幅度甚至远远低于行政处罚的幅度。此外，我国对于自然人和单位的罚金刑的适用标准和比例是相同的，对两者的上限也是相同的。那么就意味着，如果提高单位适用的罚金的上限，自然人犯罪要承担的罚金负担也会相应地加重。笔者认为，解决这一问题的方法在于，应当对自然人犯罪和单位犯罪设置不同的罚金体系。对单位的罚金幅度应当高于对自然人罚金的幅度，这样才能体现对单位犯罪的惩罚效力。

2. 增加资格刑的相关规定

我国《刑法》对于从事食品安全的犯罪人，并没有处以剥夺从事食品生产、销售领域的资格刑。在行政处罚中，规定了责令“停止生产营业”、“没收违法所得”、处以一定数额的罚款等，只有情节严重的，才会被“吊销卫生许可证”。

这样的处罚仍然存在许多的不足，比如，对于那些被吊销了营业执照或者卫生许可证的个人，法律并不限制其再次申请的资格，其仍然可以从事食品生产、销售行业；对于那些无证经营的个人，其行为的危害性更大，却没有证件可吊销，只能处以罚款等经济处罚，行为人甚至可以再度从事该行业，将罚款转嫁给消费者。这些也都是食品安全犯罪屡禁不止的原因之一。

我国刑罚中应当增设禁止食品安全犯罪的犯罪人从事食品生产、经营行为的资格刑。可以将该刑罚作为附加刑适用，根据犯罪情节和结果，分别处以附加不同年限的资格刑。比如，对于构成基本的食品安全犯罪的，可以附加5年以下禁止从事食品生产经营的处罚；对于造成严重的食品中毒或者食源性疾病等食品安全事故的，附加5年以上10年以下禁止从事食品生产经营的处罚；对于重大的造成多名人员死亡或身体健康严重损害的食品安全犯罪的犯罪人，可以附加终身禁止从事食品生产经营的处罚。

（三）加强食品安全行政执法与刑事司法的衔接

行政执法是指依法取得行政授权的行政机关依据国家法律规定，在其维护经济秩序，实施社会管理过程中对出现的特定人或事依法予以相应处置的行政行为。刑事司法是指具有司法权的国家司法机关及司法机关工作人员通过法律赋予的特定职权和法定程序，运用刑事法律规范处理具体刑事案件的活动。虽然二者都是依法处理具体案件，但其实质和内涵有着巨大差异。但在执行法律、共同维护和保障社会及经济秩序中，二者又密不可分。因此，必须要建立一种合理的衔接机制，使得二者能配合默契，共同维护法律的统一。此外，行政权力在日常生活中运用非常广泛，且直接关系到公民自身的权益，因此，检察机关必须充分发挥其法律监督职能，对行政执法活动进行必要的监督，防止行政权力被滥用给社会和公众利益带来的损害，保证行政执法能够依法有序运行。

衔接机制有效运行的首要环节即是案件移送。在行政执法过程中，行政机关应当将涉嫌构成犯罪的案件及时地移送给相应的司法机关，由该司法机关按照法定程序予以处理，这也是刑事先理原则的体现。关于案件移送的相关程序问题，在《行政处罚法》和《刑事诉讼法》中都有明确具体的要求。但是作为原则性的规定，在出现移送问题时的操作性不强，直接导致了实践中行政执法机关对原本应该移送案件处理的随意性。事实上，受日常生活中诸多因素影响，能被执法机关发现、处理的仅是食品安全违法活动中的一小部分，可想而知，真正能受到刑事制裁的侵犯食品安全的犯罪活动更是少之又少，对危害食品安全的犯罪活动的打击力度不够，难以发挥衔接机制的成效。

第四节

规范论在食品安全犯罪中的贯彻

——以食品安全犯罪司法认定的困境为切入点

陈京春[*]　赵　婷[**]

食品是人类赖以生存和发展的最基础的物质条件，食品安全问题一直是近年来公众及各级政府最关心的话题。尽管立法对食品安全犯罪进行了完善，司法机关也在加强对食品安全相关问题的惩处力度，但是在司法实践中，对于涉及生产、销售有毒、有害食品罪等食品安全类犯罪，行为人多辩称自己不知道其向食品中添加的食品添加剂是具有有毒、有害性非食品原料或者在销售过程中辩称不知道自己销售的是掺有有毒、有害性非食品原料的食品；在食品监管渎职类犯罪中，负有监管职责的国家机关工作人员多辩称最后的危害结果不是由于自己的玩忽职守、滥用职权的行为造成的，而将责任推脱给其他负有监管职责的执法人员。究其原因，有证据收集困难的问题，有认定食品安全犯罪不明确、难操作的问题，有检验成本过高、行政拨款不足及“从农田到餐桌”的分段监管模式导致食品生产、流通、销售、餐饮等各环节涉及的监管部门众多等问题。但最根本、最关键的原因是我国现行阶段以结果为中心基础上的事后判断的刑事立场而导致的打击不力的问题。

---

[*] 西北政法大学教授，法学博士。

[**] 西北政法大学刑法研究生。

一、食品安全犯罪惩处的现实问题

（一）食品安全类犯罪中“明知”的认定困境

我国刑法总则规定，故意的认识因素是“明知”自己的行为会发生危害社会的结果，而刑法分则中也在生产、销售有毒、有害食品罪中明确规定了“明知”一词。生产、销售有毒、有害食品罪的主观方面应是故意，具体表现为明知是有毒、有害的非食品原料而故意将其掺入食品中进行生产或销售，或者明知是掺有有毒、有害非食品原料的食品而仍然进行销售。“在刑法中对特定客体有明知规定的只是极少数，而大多数都没有明知的规定，但这并不意味着在这种刑法没有规定的情况下就不需要明知。”[1]“我国刑法分则较多地采用了明知的规定，由于即使没有明知的规定，故意犯罪的成立也要求行为人明知犯罪构成的客观要素，因此，刑法分则关于明知的规定都属于注意规定。基于这一理由，即使刑法分则没有明文规定明知要素，对于犯罪的客观构成要件要素，故意犯罪的行为人主观上也必须明知。”[2] 所以，刑法只是对生产、销售有毒、有害食品罪中的销售行为的主观认识作了特别强调，但是，其他食品安全类犯罪（包括生产、销售不符合安全标准的食品罪或者生产销售伪劣产品罪、非法经营罪等其他犯罪）都要求行为人主观上存在明知，只是刑法没有特别规定。因此，行为人主观上是否明知，是认定能否成立生产、销售有毒、有害食品罪和其他食品安全类犯罪的重要界限。

对于“明知”的含义和认定，最早可以追溯到最高人民法院、最高人民检察院在1992年12月11日公布的《关于办理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》，该解释规定了明知包含知道和应当知道两种情形。[3] 此后，在其他的司法解释，包括最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2000年)[4]、《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》

---

〔1〕陈兴良：“奸淫幼女构成犯罪应以明知为前提——为一个司法解释辩护”，载《法律科学》2003年第6期。

〔2〕张明楷：《刑法分则的解释原理》（下），中国人民大学出版社2011年版，第629页。

〔3〕该“解释”的第8条“如何认定窝赃、销赃罪”中，规定如下：“认定窝赃、销赃罪的‘明知’，不能仅凭被告人的口供，应当根据案件的客观事实予以分析。只要证明被告人知道或者应当知道是犯罪所得的赃物而予以窝藏或者代为销售的，就可以认定”。

〔4〕该“解释”的第10条规定：“刑法第三百四十五条规定的‘非法收购明知是盗伐、滥伐的林木’中的‘明知’，是指知道或者应当知道。具有下列情形之一的，可以视为应当知道，但是有证据证明确属被蒙骗的除外：（一）在非法的木材交易场所或者销售单位收购木材的；（二）收购以明显低于市场价格出售的木材的；（三）收购违反规定出售的木材的。”

(2002 年)〔1〕、最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于《办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2004 年)〔2〕、最高人民法院、最高人民检察院、海关总、署关于《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》(2007 年)〔3〕 等一系列的司法解释中，明确地将“明知”的含义界定为知道或者应当知道。陈兴良教授在评论最高人民法院《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》(2003 年，已被废止）时以及张明楷教授在论述 1979 年《刑法》的“窝赃、销赃罪”时，都明确地指出，应当知道表示行为人事实上并不知道。那么，在行为人无认识的情况下，即使造成了危害结果，主观上也只能是过失，但是司法解释却将应当知道用来界定故意，实际有扩大故意的范围之嫌，也容易引起刑法学界的误解。

对明知的程度理解不一，进而也会影响到对食品安全类犯罪案件的认定。如若认为明知是确知，在生产、销售有毒、有害食品犯罪中只有行为人确切地知道是有毒、有害的非食品原料而掺入生产、销售的食品中，或确切地知道销售的食品中含有有毒、有害的非食品原料，才能按本罪论处。如若认为明知不能过于狭窄，即使行为人不确知掺入的物质是有毒、有害的非食品原料，或不确知食品中含有有毒、有害的非食品原料，但只要意识到掺入的物质可能是有毒、有害的非食品原料，或食品中可能含有有毒、有害的非食品原料，就属于明知的范畴，就构成本罪。

在食品安全类犯罪中尤其是生产、销售有毒、有害食品案件的办理过程中，诸多犯罪无法追究，跟明知难以认定有很大关系。例如，在生产、销售有毒、有害食品罪中犯罪嫌疑人多称并不清楚其向食品内添加的物质是非食品原料及其有毒、有害性，或者称其不知道自己销售的是掺有有毒、有害的非食品原料的食品，由于客观上此类案件涉案环节多、链条长、检测标准不完善等情况确实存在，给行为人主观“明知”的证明带来困难。但现实的情况是，我们现在对于“明知”的认定无论是在司法实践中还是理论界都具有极大争议，这就为

---

〔1〕 该“意见”的第 5 条规定：“走私主观故意中的‘明知’是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。”

〔2〕 该“解释”的第 9 条规定：“具有下列情形之一的，应当认定为属于刑法第二百一十四条规定的‘明知’：（一）知道自己销售的商品上的注册商标被涂改、调换或者覆盖的；（二）因销售假冒注册商标的商品受到过行政处罚或者承担过民事责任、又销售同一种假冒注册商标的商品的；（三）伪造、涂改商标注册人授权文件或者知道该文件被伪造、涂改的；（四）其他知道或者应当知道是假冒注册商标的商品的情形。”

〔3〕 在该“意见”的第 2 条“关于毒品犯罪嫌疑人、被告人主观明知的认定问题”中，规定如下：“走私、贩卖、运输、非法持有毒品主观故意中的‘明知’，是指行为人知道或者应当知道所实施的行为是走私、贩卖、运输、非法持有毒品行为。”

食品安全类犯罪尤其是生产、销售有毒、有害食品罪的罪与非罪、此罪与彼罪的认定带来了极大的困难。

（二）食品监管渎职类犯罪因果关系的认定困境

刑法上的因果关系是一种引起与被引起的关系，是为了对定罪量刑有价值的危害结果与可能追究刑事责任的犯罪行为之间建立起某种联系，从而为追究犯罪人的刑事责任提供客观依据。因果关系论的意义在于任何人都必须对自己的行为所导致的后果负责，但又要排除各种形式的株连。在司法实践中，要将所发生的结果归咎于行为人，就必须要求行为人的实行行为与结果之间具有原因和结果的关系，否则这种归责就违背了罪责自负的要求。[1] 食品监管渎职类犯罪（包括食品监管渎职罪、徇私舞弊不移交刑事案件罪、商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪等）一般都认为是一个结果犯，因而不可避免的需要对负有监管职责的国家机关人员的渎职行为与最终危害结果之间的因果流程进行判断，但食品监管渎职类犯罪又与一般传统的故意杀人、故意伤害等结果犯罪不同，危害行为与最终结果之间的因果流程不是清晰明了的，往往难以确定其因果关系。

首先，《食品安全法》第 4 条、第 5 条明确规定了农业部、商务部、卫生部、工商总局、质检总局、食品药品监管局在食品安全监管中的权责。我国在食品安全领域采用的是“从农田到餐桌”的分段监管模式，食品生产、流通、销售、餐饮等各环节涉及的监管部门众多，监管部门各司其职，各环节国家机关工作人员的渎职行为与最终的危害结果交错在一起，危害结果既可以是由多个监管部门的监管人员滥用职权或者玩忽职守的行为所致，也可以由多个监管部门监管人员不同程度的参与所致，到底危害结果的发生与哪些环节的监管渎职行为存在因果关系，或者只与最后一个环节的渎职行为存在因果关系，都加剧了因果关系的复杂性。

其次，食品安全犯罪是由生产者、销售者的直接危害行为与负有监管职责的国家机关工作人员的间接渎职行为共同发挥作用导致的。在判断监管人员的渎职行为与危害结果之间的因果关系时，不能脱离对被监管人员的直接危害行为的考察。监管人员的渎职行为与最终的危害结果之间具有一定的间隔，介入了被监管人的直接危害行为，因此，对危害结果的发生与各自责任之间的关系都需要厘清。

最后，需要注意的是，食品监管渎职类犯罪要求有“重大食品安全事故”、

---

〔1〕 周光权：“刑法中的因果关系和客观归责论”，载《江海学刊》2005 年第 3 期。

“其他严重后果”、“造成特别严重后果”等危害结果，而至今还没有司法解释明确其量刑化标准。同时，由于我国的食品安全监管体系尚不严密，执法资源有限，检疫不可能实现全覆盖，只能进行抽检，难以全面评估危害结果。司法实践中，审判机关多是以给“国家食品安全和人民群众生命健康造成严重威胁”、“造成了恶劣的社会影响”对危害结果进行抽象地界定。对执法人员的滥用职权或者玩忽职守的行为与最终危害结果之间的因果关系判断，在危害结果本身就难以明确界定的情况下，使得因果关系的判断更加的困难。

传统的因果关系理论，无论是大陆法系国家的条件说、原因说、相当因果关系说等学说，还是英美法系国家的双层次因果关系说，抑或是我国的必然因果关系说与偶然因果关系说，都属于科学法则的因果关系理论，即因果关系的认定必须依赖于人类已经掌握的科学经验予以证明。以大陆法系主要的条件说和相当因果关系说为例，条件说以“无前者即无后者”作为判断公式，而这一公式的判断要取决于人类已经掌握的科学经验；相当因果关系说以行为人或者一般人对条件和结果间的经验法则作为基础，更是要以科学的经验法则作为证明基础。而食品监管渎职类犯罪由于上述因果链条的复杂性，无法对每一个环节进行严密、细致的证明，从而很可能陷入学术争论和司法实践认定困难的泥潭中。

二、对食品安全犯罪立法模式的批判

（一）食品安全犯罪现阶段的立法模式

我国《刑法》对食品安全问题的犯罪主要规定在分则第三章破坏社会主义市场经济秩序犯罪和第九章渎职犯罪中，涉及食品生产者、销售者危害行为的犯罪以及监管部门、检验机构人员行为相关刑事责任的犯罪，旨在对食品生产、销售环节的监管人员的渎职行为和被监管人员的直接危害行为加以调整和规制，从而更有力的打击和震慑食品安全犯罪行为。

关于犯罪的本质问题，刑法学中存在法益侵害说和规范违反说两种学说的对立，但是目前在我国刑法学界取得压倒性学说地位的无疑是法益侵害说。根据我国现行《刑法》的相关规定，食品安全犯罪的立法模式也是建立在以结果为中心的事后判断的法益侵害说基础上的。

法益侵害说最初源于费尔巴哈的“权利侵害说”，这一学说在大陆法系的一定时期占主导地位，但由于自身存在明显的缺陷，后被“财产侵害说”所取代，这一学说最终发展并形成了法益侵害说。法益侵害说是指行为在造成法益侵害

或者引起危险时，才给予否定性评价。[1] 该说认为，犯罪的本质是对刑法所保护法益的侵害或者威胁。刑法的目的就是为了保护法益不受侵害或威胁，无法益受到侵害或威胁，就无刑罚处罚之必要。什么是法益？张明楷教授认为，“法益是指根据宪法的基本原则由法所保护的、客观上可能受到侵害或威胁的生活利益；这是一般性的法益概念，其中，由刑法所保护的人的生活利益，则是刑法上的法益”。[2]

目前，占通说地位的法益侵害说获得了以张明楷教授为代表的多数学者的支持，法益侵害说赞成结果无价值论，认为法益侵害说能够将客观的、“透明”的、单纯的、确定的有害事态作为违法评价的中心，对实体事实进行判断，能够保持司法中价值观的统一。[3] 首先，以法益侵害说为根据确定刑法的处罚范围与界限，在司法实践中，认定犯罪时的实质界限是没有法益就没有犯罪，可以使处罚范围适当，使处罚界限明确，从而保证了刑事的司法公正性。其次，动用刑罚的根据是法益受到了侵害或者威胁，有利于发挥刑法的法益保护机能。最后，根据我国《刑法》的规定，刑法的目的与任务是保护法益，犯罪的本质是侵害法益，对法益的侵害或者威胁是刑法禁止的根据。同时，张明楷教授还指出：“刑罚不是维持社会伦理的适当手段，由于伦理具有相对性，将维持社会伦理作为刑法的任务，容易以刑法的名义强迫他人服从自己的伦理观念；其次，在日益复杂的社会生活中，人们根本无法知道何种行为是否属于社会的相当行为”。[4]

1. 食品安全类犯罪的立法模式

根据《刑法》第143条规定，生产、销售不符合安全标准的食品罪，是指违反国家食品安全管理法规的规定，生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他食源性疾病的行为。本罪侵害的法益是国家食品卫生监督管理秩序和人民群众的身体健康、生命安全。由于本罪是危险犯，行为不需要满足其他特定条件，仅是“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”就可以构成本罪。除了作为基本犯的危险犯以外，本罪规定了两个刑档的实害犯，分别是“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”的情形和“后果特别严重”。根据《刑法》第144条规定，生产、销售有毒、有害食品罪是指违反食品安全管理法规，在生产、销售的食品中掺入有毒、

〔1〕 陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第253页。

〔2〕 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第167页。

〔3〕 参见陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第266页。

〔4〕 张明楷：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第113页。

有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。本罪侵害的法益是国家食品卫生监督管理秩序和消费者的身体健康、生命安全。本罪是行为犯，只要有法益威胁即可，而不以是否产生危害后果为构成要件。除了作为基本犯的行为犯以外，本罪还有两个刑档的实害犯，分别是“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”的情形和“致人死亡或者有其他特别严重情节”的情形。

上述规定可以看出，生产、销售有毒、有害食品罪和生产、销售不符合安全标准的食品罪等其他食品安全类犯罪都是在法益侵害说基础上建立起来的犯罪，而法益侵害说往往是基于个人主义、自由主义的国家观，法益侵害说视野中的法益是具体、与个人有紧密关联的利益。像故意杀人、故意伤害致人死亡、过失致人死亡等犯罪，侵害的法益都是个人法益中自然人的生命权、健康权，而食品安全类犯罪作为公害犯罪，主要侵害的法益是不特定人的生命安全、身体健康及重大财产的公共安全，造成侵害结果往往具有严重的人身伤亡、财产损害，而且容易使公众普遍陷入极度恐慌之中，是对社会法益的侵害，这与个人法益保护原则其实是有所冲突的。

按照法益侵害说，对法益的威胁也是有必要加以惩罚的，这就是所谓的危险犯的问题，包括具体危险犯和抽象危险犯。但是，抽象危险犯概念是难以把握的，它的存在与法益侵害说多少有些矛盾：在根据一般社会经验确定抽象危险是否存在时，究竟是保护法益还是保护社会的规范关系？[1] 通说认为，《刑法修正案（八）》修改后的生产、销售有毒、有害食品罪是行为犯，生产、销售不符合安全标准的食品罪是危险犯，都不要求造成具体的实害结果，只要存在法益威胁即可，这已经不是在保护通常意义上所说的法益，而只有抽象威胁。在危险犯的情况下，刑法实际上是在保护一种相当抽象的社会规范关系，而不是在保护法益。刑法对这些犯罪的处罚，与其说是在保护抽象的、高度精神化的法益，不如说是保护规范关系。

2. 食品监管渎职类犯罪的立法模式

根据《刑法》第408条规定，食品监管渎职罪是指负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为。本罪是结果犯，构成本罪需要国家机关工作人员的滥用职权或者玩忽职守的行为导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果。这里的“重大安全事故”，是指食物中毒、食源性疾病、食物污染等

[1] 周光权：“论刑法学中的规范违反说”，载《环球法律评论》2005年第2期。

源于食品，对人体健康有危害或者可能有危害的重大事故；“造成其他严重后果”，是指虽未发生重大食品安全事故，但由于食品安全监管方面的问题，造成其他严重后果的情形。徇私舞弊不移交刑事案件罪、商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪等其他食品监管渎职类犯罪，也要求滥用职权、玩忽职守的行为必须具有刑法规定的“重大食品安全事故”、“其他严重后果”、“造成特别严重后果”等法益危害结果。

食品监管渎职类犯罪是建立在法益侵害说基础上的结果犯的犯罪，而食品安全犯罪是公害犯罪，发生危害后再动用刑罚，日常生活往往无法进行。“传统刑法是落伍的。说刑法落伍是因为刑法的反应太迟钝了，因为损害已经既成事实了。其实，即便犯罪是一种工具犯或者危险犯，实际上人们的追诉总是要等到损害结果发生以后才开始……刑法与已经发生的损害相比犹如抛石打天。”〔1〕法益侵害说一般赞成结果无价值论，在判断行为的违法性时，注重考察行为是否造成了侵害或者威胁法益的结果，即结果恶才具有违法性。对于没有侵害或者威胁法益的行为，即使行为人的内心再恶，也不具有违法性。张明楷教授认为法益侵害说此时可以严格控制处罚范围，符合我国历来实行惩办与宽大相结合的刑事政策。但是，在食品监管渎职类犯罪中，法益侵害说总会显得为时已晚且滞后。

食品安全犯罪与一般的故意杀人、故意伤害不同，食品安全犯罪具有过程性、多元性，尤其是食品监管渎职类犯罪，危害结果的发生与监管人员的渎职行为之间有一定的时间间隔，在这个过程中，可能会有其他因素的介入，包括生产者、销售者的危害行为、被害人的体质差异以及气候、环境、细菌等诸多因素，这些介入因素都会对危害结果产生不同程度的影响，法益侵害的结果难以认定，导致司法机关在处罚的时候没有动用刑罚，但是不能否认此时监管人员或者被监管者的行为已经具有危险性。周光权教授认为，违法性的实质不完全是结果无价值，还应包括行为无价值。〔2〕因此，基于保护广大民众的食品安全考虑，对犯罪的判断除将法益侵害后果作为评价对象之外，行为种类与手段，以及行为人的主观目的、动机等意思，在社会生活上是否妥当的行为无价值问题，也应当考虑在内，才较为妥当。

〔1〕［法］米依海尔·戴尔玛斯－马蒂：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，法律出版社 2000 年版，第 253 页。转引自陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 267 页。

〔2〕周光权：“新行为无价值论的中国展开”，载《中国法学》2012 年第 1 期。

（二）现阶段食品安全犯罪立法模式的弊端

1. 容易使司法认定陷入困境

刑法保护过早，可能侵害人权，不当限制个人的行动自由。但是只有等到有法益侵害或者危险事实的发生才去实施消极救济，则会出现打击不力的状况。我国刑事立法规制食品安全犯罪的显著特点是偏重于结果倾向，刑法的规制对象以结果犯为主，作为这样一种事后应对，是符合我们自古以来的报应思想的。然而，随着社会生活的复杂化、多样化，公害犯罪尤其是食品安全犯罪往往都具有原因行为复杂性、结果灾难性的后果，如果刑法不发挥其积极作用，一味地坚持结果无价值论，等到法益受到侵害或威胁的时候才动用刑罚，有时总显得为时过晚。尤其是在食品安全犯罪中，一旦造成后果就难以挽回。

食品安全犯罪多具有隐蔽性、潜伏性，危害结果有时并非立即发生，而是在生产、销售相当时间、一定数量之后才出现的。例如，“三鹿奶粉”事件，婴幼儿吃了问题奶粉后并不是马上就产生泌尿系统疾患，而是三聚氰胺累积到一定程度，作用于人体至发生疾患有很长的时空过程。如果此时也按照法益侵害说进行处理，就会严重影响人类的生活水平及其质量。法益侵害说基础上的食品安全犯罪在损害结果或者危险既成事实的情况下，刑法才出面，此时在法益侵害说指导下的刑法反应较为迟钝，并且其社会效果也明显受到了限制。所以，“刑法当然要处罚造成实际损害的行为，也要冲破规范关系网络的行为，刑法的保护功能才能正常发挥”。[1]

2. 在某些时候容易扩大处罚范围

现代社会中，如果严格按照法益侵害说，对造成法益侵害和危险的违法行为，刑法应当加以禁止，但是如果确认其违法性，社会生活就会停滞，因为有法益侵害性但具有社会相当性的行为广泛存在。[2] 换言之，刑法不能把所有的法益侵害行为都作为违法来禁止，而只是把超过一定程度的法益侵害行为作为违法来禁止。从法益侵害说角度看，具体的行为现实地导致他人生命权丧失这一法益损害的后果发生，行为人就应当受到处罚。但是，从规范论的角度看，只要行为人是合乎规范的行为，即使发生再重的法益侵害后果，行为人并未违反规范，行为也不具有违法性，对行为人也不能进行刑罚处罚。

在食品安全犯罪中，食品安全问题面临来自现代食品工业科技创新所带来的挑战。由于现有的科学技术限制以及执法条件的限制，危害结果的发生不完全是由执法人员的玩忽职守、滥用职权等渎职行为或者生产者、销售者的直接

---

〔1〕 周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第154页。

〔2〕 参见周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第156页。

危害行为所致，正如许多交通事故的发生只是高速交通运输业的发达所致，而不是因为行为人不遵守交通规则。因此，只要监管人员和被监管人的行为是合乎规范的，依据现有的规定和执法条件，已经严格遵从规范的要求，即使发生再严重的法益侵害结果，也不应动用刑罚，毕竟刑法不强人所难。

3. 对于加重情节不能很好地解释

法益侵害说赞成的是结果无价值论，而众多犯罪类型的不法内容不仅仅是由破坏或者危害了被法律所保护的法益所决定的，而且也是由行为实施的方式和方法决定的。例如，交通肇事后逃逸的，法定刑升格。法益侵害的事实在行为人交通肇事的时候已经形成，即使逃逸，也不会造成新的法益侵害，刑法加重处罚主要考虑的是行为人的动机和心态。

在食品安全犯罪中，无论是生产、销售有毒、有害食品罪等其他食品安全类犯罪的法益侵害的事实（国家食品卫生监督管理秩序和人民群众的身体健康和生命安全）还是食品监管渎职罪等其他食品监管渎职类犯罪的法益侵害的事实（食品监管机关的正常活动和公众身体健康及生命安全），都已经在基本犯成立时形成，不会造成新的法益侵害，而生产、销售有毒、有害食品罪的两个实害犯的刑档及食品监管渎职罪的加重情节之所以要受到刑法处罚，主要是考虑了生产、销售者及执法人员的邪恶动机和心态。

三、食品安全犯罪立法新走向：规范论

在今天各国的刑事立法上，提高刑事立法对预防犯罪的有效性是现代刑事立法的发展方向。[1] 我国刑法已经将生产、销售有毒、有害食品罪修正为行为犯（或称抽象危险犯），将生产、销售不符合安全标准的食品罪的基本犯罪构成修正为危险犯，从某种意义上说就是规范论与法益侵害说的博弈中，规范论的胜利。

（一）规范论

规范违反说最早由宾丁创立，后经迈耶、威兹泽尔等人的发展并在日本经大塚仁、小野清一郎、团藤重光等学者的再次发展，具有丰富的内涵和基础。目前，周光权等学者对这一理论大力倡导。[2] 规范违反说认为，犯罪是对隐藏于生活利益背后的法规范、社会同一性以及公众规范认同感的公然侵犯，而不

---

〔1〕 张明楷："刑事立法的发展方向"，载《中国法学》2006年第4期。

〔2〕［德］雅科布斯："刑法保护什么：法益还是规范适用?"，王世洲译，载《比较法研究》2004年第1期。

仅仅是对法益本身的侵害。[1] 当前规范违反说对法益侵害说的批判，并不是规范违反说完全否定法益概念的基本地位，而是在法益保护的同时，强调规范违反的意义。什么是规范？雅克布斯说，“规范是社会结构，是规定人们那种可以被期望并且不是必须考虑其对立面的内容。因为涉及人们之间的关系，而不是仅仅涉及某个个体及其心理状态，因此规范是一种社会事件，并且，它的稳定就是社会的稳定”。[2]

规范违反说虽然强调犯罪的本质是对法律背后规范的违反，但是不否认犯罪在一定程度上侵害了法益。由规范论中的社会伦理规范违反观念，可以引申出行为无价值论。规范论者一般赞成行为无价值论，因为违法性的实质是违反法秩序的精神、目的，违反作为法秩序基础的社会伦理规范，因此，在违法性判断上必然重视行为本身的样态（反伦理性）以及实施行为时的心情，即行为是否违法取决于行为人内心的恶性与行为本身的反伦理性。“从价值取向上来看，规范违反说主张的是一种积极的刑法观，规范违反说强调的是：刑法规范是一种命令或禁止，赋予了规范接受者以具体义务，以发挥刑法规范的积极作用，促使人们自觉遵守法律，以维护社会秩序。”[3]

张明楷教授指出，法益侵害说可以确保社会正义，而规范违反说由于将社会伦理规范作为刑法的基底，难以实现正义。[4] 像“无被害人犯罪”，如同性恋、赌博、堕胎或者“自己是被害人犯罪”，如吸毒等行为，由于规范违反说认为违反刑法的实质就是违反刑法规范背后的社会伦理秩序，而这些行为本身从社会伦理角度看是值得谴责的，但是这些行为仅仅因为被认为是不道德的违反社会伦理的就被当作犯罪处理了，显然是不能为人们所接受的。对于此批判，规范违反说认为，公正必须以符合道德为基础，不过违反社会伦理规范，需要通过法律制裁的行为，在通过行政法、民法等其他法律能够解决的时候，就没有必要在刑法中规定为犯罪。食品安全犯罪中也不是所有的不符合规范的行为都要给予刑罚处罚，应当根据《食品安全法》的相关规定，建立行政执法与刑事司法的衔接机制。

平野龙一认为，规范违反说可能造成价值观单一化的局面。“刑法是一种重大痛苦，其自身并非理想的而是不得已的社会统制手段，将维持国家的道义与

---

〔1〕 参见周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社2009年版，第157～158页。

〔2〕［德］雅科布斯：“刑法保护什么：法益还是规范适用?”，王世洲译，载《比较法研究》2004年第1期。

〔3〕 王安异：《刑法中的行为无价值与结果无价值研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第63页。

〔4〕 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第291～305页。

社会伦理作为刑法的任务，不仅是对刑法的过分要求，而且是在法的名义上强迫他人接受自己的价值观。"[1] 不可否认，现代社会提倡的是价值观的多元化，以执行刑法的方式强制推行一种价值观是违背社会发展潮流的。但是规范违反说也并非制裁背反社会伦理秩序的所有行为，只是惩罚那些严重冲击主流社会伦理观念的极个别行为。而食品安全问题由于其涉及范围广、受害人数多等特点，俨然已经成了一种公害犯罪。

（二）规范论在食品安全类犯罪中的贯彻

规范论强调刑法的积极预防，通过刑罚的手段强化公民的规范性意识，发挥刑法规范的行动指引功能，促成规范意识的养成。消极的刑罚作用的发挥是建立在刑罚威慑功能基础上的，即利用刑罚的痛苦这种属性来强制人们不去犯罪。刑法的积极预防是通过规范意识主体，使规范从外在的强制力量转化为内在信仰，并基于对规范的认同而自觉遵守。对于行为人来说，遵守法规范就如同尊老爱幼、诚实守信一样自然而正当，在此情况下，遵守规范不再是因为被强迫和强制，而是出自于内心自由、自主的选择。刑罚的发动旨在告诫人们违反规范行为的无价值性，同时也是对遵守规范者的肯定和褒奖，从而进一步唤醒或者强化人们的规范意识。

在生产、销售有毒、有害食品罪中，食品安全领域本身就是一个高危行业，行为人以不清楚其向食品内添加的物质是非食品原料及其有毒性、有害性或者不知道其销售的是有毒、有害食品等借口来逃避责任是不能够成立的。规范论认为这是一种行为人否定规范的积极人格态度，是对法律欠缺忠诚的表现，因为规范论实际上主张的是一种超越报应和预防的“忠诚论”立场。贯彻规范论在生产、销售有毒、有害食品犯罪中，坚持行为无价值论，培植行为人的法规范意识，不论行为人主观上是不是知道或者可不可能知道自己在生产、销售的食品中掺入的非食品原料具有有毒、有害性或者销售的食品中是掺入了有毒、有害的非食品原料的，只要行为人从事了食品安全领域这一高危行业就应当知道，应当具有规范意识，使法规范意识成为自身生活的依靠，生活、生命的一部分，从而充分发挥刑法的积极预防作用。

规范论在通过刑罚的手段强化公民的规范性意识，推进刑法的积极的一般预防作用的同时，需要考虑与刑法谦抑性功能之间的关系，通过合理限制规范论的适用范围，进一步巩固在食品安全类犯罪中贯彻规范论的正当性基础。刑法谦抑性所蕴含的刑法补充性、刑法不完整性都告诉我们刑法是最后的保障法，

---

[1] ［日］平野龙一：《刑法总论》，有斐阁 1972 年版，第 43 页。转引自周光权：《刑法学的向度》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 209～210 页。

刑法作为“社会最后防御线”，是以刑罚这种最为残酷的制裁作为处罚手段的，因此，刑法在入罪化方面必须慎之又慎，在食品安全类犯罪中规范论的贯彻应当与其可能产生的社会危害性相当，只有在其他部门法不能合理正常的分配社会风险时，才能发挥作用。对于生产者、销售者的危害行为的引导作用也并非是刑法所特有的，行政处罚手段也可以起到一定作用，能够通过行政处罚解决的情形就没有必要动用刑罚。

（三）规范论在食品监管渎职类犯罪中的贯彻

在食品监管渎职罪中，司法实践中总是要确定造成了什么危害结果，再予以溯及认定哪一环节的渎职行为存在因果关系。食品监管渎职行为本身就是违反法规范的，不认真履行职责，是一种行为无价值。在风险社会里，要具体地描述和证明渎职行为与危害结果之间的因果流程是极其困难的，而且在结果不会在当下立即发生的情况下，刑事诉讼活动是没有时间去等待的。加之，因果关系的认定必须依靠生物、科学技术的证明，但以人类现有的技术条件、知识经验和刑法理论，目前的现实状况往往会导致大量的食品监管渎职行为难以追究刑事责任，因此，务实的做法是不去考察因果关系问题。

“违法性不应当从结果发生以后才开始，更应当从事前的事实入手。所以违法性的实质不完全是结果无价值，还应该包括行为无价值，危害行为的样态和具体的选择手段、方法等都应该加以评价。”〔1〕规范论坚持的是行为无价值论，行为自身主观的样态（如认识、意图、动机、目的等或者行为手段、方法、样态等）是违法性判断的要素，至于发生的结果，结果与行为之间的联系等，在行为无价值论看来不是最重要的。因而强调规范违反的现实意义可以淡化对食品监管渎职类犯罪复杂因果关系的判断，极大地缩减犯罪构成要件的证明成本，同时行为本身违反法规范比较容易判断。不要等到危害结果发生以后才动用刑法，要用刑法“强迫”规范意识的形成，从而指引执法人员的行为合乎规范，树立规范意识，清楚地认识到法规范的不可背反，使他们能够各司其职，最大限度避免危害结果的发生。

为了限定规范论导致的犯罪圈扩大的风险，可以通过规定食品安全监管渎职行为的次数和影响范围加以限定犯罪的成立，比如，在“瘦肉精”生猪案件中，界定违规出具的《动植物产品检疫合格证明》的次数或者“瘦肉精”生猪的头数。法益侵害说在“很大程度上确实能够确保判断对象的唯一性、不变性，刑法介入的准确，保持司法中价值观的统一”，〔2〕但周光权教授所主张的是二

〔1〕 陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第267页。
〔2〕 周光权：“新行为无价值论的中国展开”，载《中国法学》2012年第1期。

元的行为无价值论，二元的行为无价值论会同时考虑结果无价值论和行为无价值论。再者，犯罪范围大小是根据某种理论得出的结论，不能成为反过来检验行为无价值论或者结果无价值论是否具有合理性的依据。此外，国家机关负有监管责任的人员应当有机会、有尊严地认识到行为的危险性和规范遵从的意义，监管人员合乎规范行为的形成，主要不是基于对刑罚的恐惧，而主要靠知识的积累和良好的道德风尚的养成。

随着市场经济的不断发展，且中国社会目前处于剧烈转型时期，使得公民对规范和秩序的信任出现问题，规范及规范意识严重缺乏。“首先确立并严格执行规范是我们的当务之急。在国家能够依据规范确立各种利益归属的情况下，再采用法益保护说，就是情理之中的事情。规范意识的缺乏，使利益关系的确立变得不可能，法益保护自然无从谈起，此时谈结果无价值就显得有些奢侈。”[1] 必须先通过公众对规范的认同感，在食品安全领域强化执法人员与生产者、销售者的规范意识，对背反规范的行为进行惩处，以达到维护食品安全、市场经济秩序的目标。

四、食品安全犯罪立法修正和司法建议

（一）食品监管渎职类犯罪的立法修正

1. 抽象危险犯在食品监管渎职类犯罪中的设立

风险刑法理论强调发动刑事制裁的重心从侵害结果或者威胁的发生转移到事前预防，通过行为规范的设定，禁止个人实施危险性的行为，达到事前风险控制，防患于未然。也就是说，人们的行为必须是合规范的，如果一个行为被证明将可能造成伤害，应该马上禁止。抽象危险犯作为一种与具体危险犯相对应的一类危险犯范畴，其成立不需要行为对法益侵害的危险具体地达到现实化的程度。

抽象危险犯把具有典型危险性的行为作为处罚对象，以抽象性的法益侵害的危险为处罚根据，并不要求实害结果作为构成要件，同时，也不需要证明因果关系的存在。抽象危险犯的设置一方面可以减轻司法机关的举证责任，节约司法成本；另一方面，抽象危险犯其实是一种对法益前置化的保护，超越了传统刑法报应刑理念的局限，提前规制并有效防范危害结果。

本着对食品安全犯罪零容忍的立场，当传统刑法责任主义原则已经不能应对风险社会中的食品安全犯罪，不能适应社会发展之需要时，我国刑事立法应

〔1〕 陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第284页。

当积极借鉴国外抽象危险犯理论的合理内核，根据我国具体国情，仿照生产、销售有毒、有害食品罪的立法模式，将食品监管渎职类犯罪基本犯罪构成设计为抽象危险犯。具体来说，以食品监管渎职罪为例，就是将《刑法》第408条中“导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的”删除，从而对执法人员的玩忽职守、滥用职权的行为进行提前规制，降低入罪门槛，强化执法人员的规范意识，以实现对食品监管渎职类犯罪的有效防控。

2. 抽象危险犯在食品监管渎职类犯罪中的立法限制

将食品监管渎职犯罪修正为抽象危险犯，只要负有监督管理职责的国家机关工作人员具有渎职行为，就成立犯罪。至于执法人员其渎职行为与最终结果之间是否存在因果关系，有无实害的故意等都在所不问。但是抽象危险犯中的危险应当是客观的、真实的，并被司法认定的危险，而不能扩张刑事处罚范围，突破刑法的最后手段性，甚至突破罪刑法定主义的界限。

将食品监管渎职类犯罪修正为抽象危险犯时应当注意：首先，我国抽象危险犯的立法前提是对于违法行为要穷尽其他手段。在食品安全监管渎职类犯罪中，如果监管人员的渎职行为能够通过行政处理有效的惩处和预防，则没有必要动用刑罚处罚。其次，抽象危险犯具有可罚性的理由在于，立法者将从经验法则中积累而成的，直接拟制了某些特定行为具有破坏社会共同伦理规范的危险潜在性，通过刑法规范集中加以提前保护，因而抽象危险犯常常被讥讽为最节省司法认定成本的刑法架构。在食品监管渎职类犯罪中，为了使抽象危险犯概念对高度危险行为的惩治在合理控制范围内进行，避免处罚范围过大的问题，应当以《刑法》第13条的“但书”为法律依据，允许负有监管职责的执法人员进行反证，进而予以减轻、免除处罚。最后，由于抽象危险犯是立法者对危险状态的立法推定，在食品安全监管渎职类犯罪中其社会危害性是小于发生实害结果的结果犯的，因而在刑罚幅度的设置上应当比照实害犯进行一定程度的减轻。

（二）食品安全类犯罪的立法修正与司法建议

为了更加有效的惩治食品安全犯罪，实现与《食品安全法》理念相呼应，《刑法修正案（八）》对第143条进行了修改，将“不符合卫生标准”修改为“不符合安全标准”，但仍然保留了“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的条件，然而由于食品安全问题的复杂性，是否足以造成严重食物中毒或者食源性疾病短期内通常是无法显现出来的，但日后有可能造成严重食物中毒或者食源性疾病。

目前，中国的食品安全问题，“既有传统风险形式下的食品安全问题，又有转型初期的制度性风险所引发的食品安全问题，还有后工业时代人们所普遍面

临的化学添加剂及转基因食品等与科技发展相联系的食品安全问题”。[1] 为了在风险社会中更加关注与保障公众的生活质量与生命安全，《刑法》第143条“生产、销售不符合安全标准的食品罪”应参照《刑法》第141条规定的生产销售假药罪，删除“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的要件，因为生产、销售行为本身所具有的危险性，所以规定一旦出现不合乎规范的行为，就应当定罪处罚。

在《刑法》第144条规定的生产、销售有毒、有害食品罪中，在销售有毒、有害食品的行为方式下，《刑法》明文规定行为人对其所销售的食品应当“明知”是掺入了有毒、有害的非食品原料。根据这一规定，若行为人不知道食品中掺入了有毒、有害的非食品原料进而销售的，则不构成销售有毒、有害食品罪，这也是责任主义的当然要求。根据责任主义，行为人只有在知道或者至少有机会知道刑法的禁止性规定的场合下，才负有责任。对这里的“至少有机会知道”进行理解，不难发现，其就是指行为人“应当知道”的场合。通常来说，行为人若明确表示自己知道其在销售掺入了有毒、有害的非食品原料的食品，则对其“明知”的认定不存在任何问题，但在司法实践中，遇到的问题往往是由于行为人的狡辩等原因造成的无法认定其“知道”的困境，在这种情况下，只要能认定行为人“应当知道”，就能认定其在主观认识上符合“明知”的规定，进而对其定罪处罚。而行为人的主观认识达到何种程度就应被认定为“应当知道”？这便是要利用推定来解决的问题。

推定是基于大量的事实和通常的经验法则，对事物进行的具有普遍性、常态性的认识和判断，这种认识和判断是可以以证据加以反驳的。如果用A来表示推定所依据的事实和经验法则，用B来表示推定的对象，则推定的逻辑可以表述为：需要认定的是B，但无需对B本身进行证明，只要证明了A就可以认定B，除非有相反证据进行反驳。这种由A到B的认定结论具有常态性、普遍性、合法则性和稳定性。关于生产、销售有毒、有害食品罪中主要的经验法则产生于司法人员长期的实践行为与经验积淀。在判断生产、销售有毒、有害食品罪中“明知”时，司法人员可以结合买卖双方的成交价格、进货渠道是否正当、买卖或交接食品的方式以及时间地点、行为人对食品的认识程度、相关部门的禁止或安全预警，以及根据行为人的年龄、经历、学识、职业、职务、职

---

〔1〕刘伟：“风险社会语境下我国危害食品安全犯罪刑事立法的转型”，载《中国刑事法杂志》2011年第11期。

责、素质等因素综合判断。[1] 即便生产者、销售者不是确切知道是有毒、有害的非食品原料，但行为人根据基本的科学原则、供货渠道不正常、价格明显低于市场正常水平、违反行业规范等事实情况应当知道销售的食品中可能掺有有毒、有害的非食品原料的，也可推定行为人主观上存在“明知”。同时，推定的事实必须是得到确实、充分的证明的基础事实，因此，首先要查明生产者、销售者行为的对象是有毒、有害性食品。审判者应充分听取控辩双方的意见尤其是辩护方的意见，为推定提供程序保障。

---

〔1〕 参见陈京春：“刑事诉讼视野下的生产、销售有毒、有害食品罪”，载《河南财经政法大学学报》2012 年第 2 期

第五节

浅议食品安全犯罪中的司法鉴定问题

姚 剑 * 周佳慧 **

近年来食品安全事故犯罪频发，从苏丹红调料、瘦肉精猪肉、三聚氰胺奶粉到染色馒头、有毒大米、地沟油，人民群众的身体健康和生命安全受到极大威胁，国家和社会更是遭受了巨大经济损失，且在国际上产生了恶劣的影响，导致了社会矛盾激化，影响了社会和谐。食品安全犯罪的发生从侧面反映出了我国为解决食品安全问题，尤其是在法律层面，还需要做更大的努力。而在法律发挥作用的过程中，司法鉴定无疑具有重要作用。

司法鉴定，是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。同时，司法鉴定也是司法审判的重要辅助手段，对于人民法院认定案件事实，准确量刑具有十分重要的意义。新《刑事诉讼法》第48条明确将“鉴定结论”修改为“鉴定意见”；同时还规定“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”。但是实践中暴露出的问题，还需引起我们的关注和思考，寻找解决方法，从而配合食品安全立法，更好地实现“食品安全”这一重大工程。

---

* 西北政法大学副教授，法学博士。

** 西北政法大学刑事诉讼法研究生。

一、食品安全犯罪司法鉴定的文本考察

为保证食品安全，保障公众身体健康和生命安全，相关部门出台了一系列解释和规定，其中涉及司法鉴定方面的主要对以下几个方面进行了明确：

（一）鉴定部门

2001 年最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》中指出："人民法院受理的生产、销售假药犯罪案件和生产、销售不符合卫生标准的食品犯罪案件，均需有'省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构'和'省级以上卫生行政部门确定的机构'出具的鉴定结论。"

（二）鉴定依据

2010 年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部正式对外公布了《关于依法严惩危害食品安全犯罪活动的通知》，要求认真受理、审查食品安全监管部门移交的涉嫌危害食品安全的犯罪案件，依法及时立案侦办，并及时将有关情况通报监管部门。公安机关在案件查处工作中需要有关部门给予支持协助的，有关部门要积极予以支持。有关部门和机构要严格执行不符合安全标准食品及食品中有毒、有害非食用物质鉴定的相关规定，为案件侦办提供依据。

（三）明确具体认定标准

2013 年 5 月 2 日，最高人民法院、最高人民检察院共同制定颁布《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）。第 1 条明确了生产、销售不符合安全标准的食品罪"足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病"的认定标准。其采取了客观推定式的认定方法，即将实践中具有高度危险性的典型情形予以类型化，明确具有这些情形的即可认定为足以造成刑法规定的危险；第 2 条明确了生产、销售不符合安全标准的食品罪"对人体健康造成严重危害"的认定标准。本条参照 2009 年"两高"《关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，规定造成残疾、器官组织损伤导致功能障碍的标准。第（一）项、第（二）项、第（三）项与生产、销售假药罪、生产、销售劣药罪"对人体健康造成严重危害"的标准保持一致，即分别为"造成轻伤以上伤害的"，"造成轻度残疾或者中度残疾的"，"造成器官组织损伤导致一般功能障碍或者严重功能障碍的"。第（四）项考虑到生产、销售不符合安全标准的食品罪的犯罪特点，规定"造成十人以上严重食物中毒或者其他严重食源性疾病的"属于"对人体健康造成严重危害"；第 20 条明确了"有毒、有害的非食品原料"的范围。为司法鉴定中的"有毒、有害"统一了标准；第 21 条明确了"足以造成严重食物中毒事故或者

其他严重食源性疾病”、“有毒、有害非食品原料”难以确定时的司法认定问题，即“司法机关可以根据检验报告并结合专家意见等相关材料进行认定。必要时，人民法院可以依法通知有关专家出庭作出说明”。由于“生产、销售不符合安全标准的食品”行为不符合第1条规定，“有毒、有害非食品原料”不属于第20条规定的情形，司法机关可以委托有检验资质的机构进行检验并出具检验报告。司法机关如果根据检验报告中检出的非食品原料种类和含量能够认定为有毒、有害的，则可直接认定为“有毒、有害的非食品原料”，如果司法人员根据检验报告难以确定的，应当结合专家意见等相关材料综合判断后作出认定。[1]

（四）虚假鉴定的法律责任

2014年3月15日生效的最高人民法院《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条规定，“食品、药品检验机构故意出具虚假检验报告，造成消费者损害，消费者请求其承担连带责任的，人民法院应予支持；食品、药品检验机构因过失出具不实检验报告，造成消费者损害，消费者请求其承担相应责任的，人民法院应予支持”。从而规定了食药机构出具虚假鉴定的法律后果，为消费者维护合法权益，追究食品安全犯罪提供了保障。

尽管法律及相关司法解释对食品安全犯罪治理过程中的鉴定问题做出了较为详尽的规定，但是在食品安全问题治理过程中，依然呈现出一些问题。

二、食品安全犯罪治理司法鉴定方面存在的问题与原因

（一）鉴定标准依然不够明确

虽然《解释》第20条明确了“有毒、有害的非食品原料”的范围，为司法鉴定中的“有毒、有害”统一了标准，但是实践中依然难以把握。

首先，对具有保健功能的食品无法确定标准。《食品安全法》第51条第2款规定：“声称具有特定保健功能的食品不得对人体产生急性、亚急性或者慢性危害，其标签、说明书不得涉及疾病预防、治疗功能，内容必须真实，应当载明适宜人群、不适宜人群、功效成分或者标志性成分及其含量等；产品的功能和成分必须与标签、说明书相一致。”但事实上，大部分保健品的功能本身就不确定，也没有一个准确的参照物表明其是否能够实现主治功能，达到保健效果，更别说能否根据鉴定确定其是否“有毒、有害”。

其次，作为鉴定样本的材料必须满足鉴定机构的要求，否则在成品中很难检测出犯罪嫌疑人是否使用了国家禁止添加的非食用物质。比如，实践中的病

---

〔1〕 陈国庆、韩耀元等：“《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》理解与适用”，载《人民检察》2013年第13期。

死猪肉案件必须同时查扣到病死猪的内脏和淋巴，动物检疫部门才能检测出是否存在有毒、有害病菌，但在执法中很难查到死猪内脏、淋巴等。因此，若由于检材不符合鉴定要求，即使是有毒、有害食品，也无法作出有效的鉴定意见。[1]

另外，实践中必须将有毒、有害的物质通过鉴定意见的证据形式固定下来。但有关鉴定机构一般只出具只有检测参数的报告，不出具“有毒、有害”等具有法律规范用语的定性结论，导致案件性质无法确定。

（二）司法鉴定机构水平参差不齐

人们常说的“打官司就是打证据”，而“打证据就是打鉴定”在一个侧面说明了鉴定意见在帮助法官认定事实、明确责任归属，从而正确适用法律的功能优势。在刑事诉讼中，侦查人员、检察人员、审判人员等在相关技术方面的知识和经验可能不足，因此在大部分情况下对鉴定意见完全是一种“非实质性审查”。而司法鉴定机构的水平参差不齐，鉴定人知识、技术亦良莠不齐，[2] 可能使得司法鉴定意见存在瑕疵或重大缺陷，最终导致证据收集难度加大，打击食品安全犯罪的时效性降低。

新《刑事诉讼法》第192条将“有专门知识的人”即学理上所称“专家辅助人”引入到刑事诉讼程序中来，旨在强化对庭审中涉及的鉴定意见的实质性质证，进一步规范质证程序，提高对科学证据的质量要求。但是在多数情况下，司法实践中专家辅助人出庭参与质证的现象极少，因此，刑事司法人员在提不出反证或不足以推翻鉴定意见的情况下就将该鉴定意见作为认定事实的依据。如果这种做法形成习惯，就会导致食品鉴定意见相对于其他证据的效力优势，不利于司法人员对案件的整体把握，从而可能影响案件事实。

（三）行政监管过程中的检验与司法鉴定的界限模糊

司法鉴定中的食品检验行为实质上是司法行为。而其中的刑事司法行为，则是对社会各种行为进行评价、裁判，承担着维护社会公平正义“最后一道防线”的使命。因此，司法鉴定为司法审判活动服务，与定罪、量刑紧密相关，它比行政监管检验行为更加严肃。当行政违法行为达到一定危害程度即达到刑法规定的起刑标准，就构成犯罪，行政执法部门也就应当将案件相应过渡到司法机关。在食品安全领域，农委、技术监督、食药监局、工商四个部门，均具有查处的职能。而根据相关行政执法机关网站数据显示，2010年，全国工商行

[1] 王伟：“食品安全刑事司法保护研究”，载《公安研究》2014年第2期。
[2] 王毓莹：“食品药品民事纠纷案件审理中的重点与难点问题”，载《法律适用》2014年第3期。

政管理机关查处食品违法案件7.69万件，移送司法机关258件;[1] 2011年11月前查处食品违法案件6.2万件，移送司法机关251件;[2] 2012年截至11月底，查处不符合食品安全标准案件11.1万起，移送司法机关406起。[3] 可见，大量案件终结在行政处罚阶段，进入刑事诉讼程序的案件所占比例极低。

造成以上情况的原因有很多，其中行政检验监管结论与鉴定意见的界限模糊是行政执法与刑事司法的衔接障碍之一。新《刑事诉讼法》第52条规定："行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。"那么，作为行政监管中对有毒、有害食品的检验结论是否能够作为刑事司法中的鉴定意见而在法庭上作为证据使用呢？法律法规没有予以规定。而食品鉴定周期较长，一般在两周至四周,[4] 而行政监管部门移交案件时，基本上没有及时送检取得合法有效的鉴定报告，使得对违法案件的打击力度大大减弱。

由此可见，司法鉴定某种程度上已经成为打击食品安全犯罪的瓶颈。

三、食品安全犯罪司法鉴定的完善

（一）完善司法鉴定标准

目前的检验机构虽然能够检测出食品中所含物质，但是国家在食品安全方面仍然没有制定出台统一的司法鉴定标准和实施细则，从而无法对"是否构成有毒、有害"做出具体的鉴定意见。而"是否有毒、有害"恰恰又是司法机关定罪量刑的重要依据。由于鉴定标准和实施细则不够明确和完善，制约了依法打击食品犯罪工作的科学开展。因此，笔者认为我国应研究制定食品产品有毒、有害评估鉴定标准和实施细则，组织专家及时破解涉及食品安全领域的"有毒、有害"物质等司法鉴定难题，进一步明确食品产品中非食用物质、非法和超标添加食品添加剂构成有毒、有害食品的种类和界定值，使打击食品安全犯罪有法可依。

（二）统一司法鉴定主体标准

我们亟须在食品安全领域确立统一的司法鉴定标准，但这不仅包括行业上

---

〔1〕"2010年工商机关查处食品违法案件7.69万件"，载新华网 http://news.xinhuanet.com/fortune/2011-01/11/c_12969850.htm，访问时间：2011年1月11日。

〔2〕"2011年前11月工商查处食品违法案件6.2万件"，载新华网 http://news.xinhuanet.com/fortune/2012-01/10/c_111409171.htm，访问时间：2012年1月10日。

〔3〕"中国工商去年查处不符合食品安全标准案11.1万件"，载中国新闻网 http://finance.chinanews.com/jk/2013/01-08/4469305.shtml，访问时间：2013年1月8日。

〔4〕王伟："食品安全刑事司法保护研究"，载《公安研究》2014年第2期。

的统一标准，还要建立起司法鉴定主体的统一标准。由于相关食品检验的工作有很强的专业性，关键还关系到只是一般违法行为还是构成犯罪的判断，因此，要做好食品方面的司法鉴定工作，相关食品检验机构应当尽快熟悉法律规定，遵循法定程序，行使好法定的权利义务。另外，《司法鉴定程序通则》规定，司法鉴定实行鉴定人负责制度，鉴定人对自己作出的鉴定意见负责。因此，相关检验机构可以根据法律规定，参考人民陪审员制度，建立以食品方面的鉴定人为核心的工作机制，遴选具备相关资格的人员建立专家库，明确相应的工作程序。[1] 这样做主要有助于解决诉讼过程中对证据的有效固定，从而有效防止因鉴定机构水平、层次良莠不齐而导致的鉴定问题，最终保障诉讼程序有序进行。

（三）协调行政监管与刑事司法二者的关系

食药监等行政执法部门与公安司法机关之间所掌握权力不同，对于案件证据的要求不同，有时食品药品监督管理部门因移送，疏于对相关证据的收集，而公安机关因达不到立案标准而怠于进一步收集证据，可能贻误收集食品安全犯罪证据的最佳时机，从而不利于作出司法鉴定，最后导致犯罪分子逃脱惩处。因此，目前应当实现食药监等行政执法部门与公安司法机关在办案平台上的信息互通，确保公安机关及时介入而提高工作效率，保障办案过程中部门处理上的一致性，[2] 避免因为行政法律规定与刑事法律规定的差异，尤其是证据材料固定上的差异，而导致法律认定上的差异。

显然，行政检验监管是公民食品安全的一大重要保障，其检验报告在处理食品安全违法行为方面发挥了重要作用。然而，要判断该违法行为是否构成食品安全犯罪，则需结合司法鉴定作出相关判断。因此，必须明确行政监管检验报告在处理食品安全问题上的地位和作用，协调好其与鉴定意见的关系。在刑事诉讼中是直接可以代替司法鉴定作为证据使用还是仍需进行司法鉴定，需要明确予以规定。只有处理好了二者关系，才能确定各自的证据地位，使得严重的食品安全违法案件有充分证据被起诉，以惩罚犯罪。

鉴定意见在食品安全犯罪案件中具有重要的证据价值，司法机关在认定事实时不能缺少这一关键性证据，更无法逾越鉴定意见而直接判案，因此，我们必须正视司法鉴定在食品安全领域的地位，并且把握两高《解释》中的精神实质，从而正确理解和适用相关法律法规，有力地打击食品安全犯罪。

---

〔1〕 刘丹松："当前食品安全监管法律实践问题研究与分析"，载《当代法学》2012 年第 2 期。

〔2〕 盛丰："我国食品药品案件行政执法与刑事司法衔接模式重构探析——从食品药品刑事案件移送审查起诉权的角度"，载《公安研究》2012 年第 3 期。

第六节

试论在刑法中增设非法持有不安全食品罪

杨雪朵 *

2014年7月20日，东方卫视爆料称：麦当劳、肯德基、必胜客等国际知名快餐的肉类供应商——上海福喜食品有限公司通过“过期肉食品回锅重做”、“更改保质期标印”等手段，大量加工过期劣质肉类，再将生产出来的鸡块、牛排、汉堡包等销售给肯德基、麦当劳等洋快餐……一时之间舆论哗然，“上海福喜事件”再次将我国的食品安全问题推到了风口浪尖上，频频曝光的食品安全问题触动着国人敏感的神经，不禁大呼“在中国到底还有什么可以吃”?!

我国对食品安全犯罪采用“严打”的刑事政策，现行的《刑法》对于食品安全犯罪的刑事责任方面已经作出了较为严格的规定，然而重典之下并没有治好食品安全中的乱象，食品安全犯罪仍十分猖獗。列宁说过“惩戒的警戒作用不是看惩罚的严厉与否，而是看有没有人漏网。重要的不是严惩罪行，而是使所有的罪案都真相大白”。重典未能治乱的原因之一就在于法网疏漏，有些严重危害社会的行为没有得到法律应有的制裁，增加了犯罪分子的侥幸心理。

我国《刑法》对食品安全犯罪的规制仅停留在生产、销

---

* 西北政法大学刑法研究生。

售及监管领域，当运输、贮存等食品流通环节出现危害食品安全的行为时，往往会因为《刑法》中缺乏明确的规定而难以定罪处罚。“这类行为的危害性程度并不一定低于不符合安全标准食品的生产、销售行为，但按照现行《刑法》，既不构成生产、销售不符合安全标准的食品罪，也不构成生产、销售有毒、有害食品罪。”[1] 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》将为食品生产经营者提供“贮存、保管”的行为人视为生产、销售不符合安全标准的食品及生产、销售有毒、有害食品行为的共犯，只有在构成共同犯罪的情况下才予以处罚。但是，仓储或者持有行为并没有因此得到有效规制，实践中对其处罚操作难度反而得到增加。而且在以下情况出现时，两高也未作出相关解释，“即行为人生产后储藏，尚未销售时被查获，但是办案机关没有掌握其生产的证据；或者行为人为销售而购进后储藏，此时被查获，而办案机关收集不到销售行为的证据”。[2] 出现上述情况时，由于无法可依，司法机关无法追究行为人的刑事责任，只能不了了之。故对储藏行为应当单独入罪，只有这样才能严密食品安全犯罪的刑事法网，遏制相关食品安全犯罪，预防食品安全犯罪，更好的保障社会公众公共利益。

一、持有型犯罪概述

（一）持有型犯罪的发展概况

在国外，对持有型犯罪的规定从产生到现在已经 200 多年，较早的持有型犯罪立法始于 1810 年《法国刑法典》第 278 条：“乞丐、游民持有价值超过一法郎之物品而未能证实其来源者，处第 276 条之刑。”[3] 1961 年，联合国通过的《麻醉品统一公约》标志着持有型犯罪行为成为国家公认的犯罪行为，该公约将持有毒品行为与贩卖、运输、种植、生产、制造毒品行为一起规定为犯罪行为，持有型犯罪作为新型犯罪类型随之出现。

在古代，我国法律中就规定了持有型犯罪，唐律中规定了私有禁兵器罪、私有妖书罪和私有禁玄象器物罪，在随后的元、明、清及民国时期均规定了持有型犯罪。新中国成立以后，1979 年《刑法》规定了私藏枪支、弹药罪，这是我国首次规定持有型犯罪，随后我国持有型犯罪的立法不断增多，目前学界对持有型犯罪的通说是 8 项罪名说，即非法持有枪支、弹药罪，持有假币罪，非

---

〔1〕 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012 年第 2 期。

〔2〕 张荣：《论我国食品安全犯罪及其立法完善》，华南理工大学 2012 年硕士学位论文。

〔3〕 转引自邓斌：《持有犯研究》，吉林人民出版社 2004 年版，第 1 页。

法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪，非法持有毒品罪，非法持有毒品原植物种子、幼苗罪，拒不说明巨额财产来源罪，非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪，非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪。

（二）持有型犯罪的概念

目前我国学界关于持有型犯罪的概念存在争论，主要有以下几种观点：

第一种观点认为持有型犯罪是指“违反法律法规的规定，擅自以购买、携带、藏匿、保管、借用或其他方式持有管制物品的行为。”〔1〕

第二种观点认为指“行为人违反国家法律法规的规定，非法持有管制物品，根据证据尚不能确认是其他犯罪而非法持有管制物品的行为。”〔2〕

第三种观点认为“持有型犯罪是一类在构成要件和证明责任上独具特色的犯罪，是以行为人事实上支配和控制法律禁止持有的特殊物品的不法状态作为追究刑事责任的客观基础的一种犯罪形式，是新刑法确定的不同于传统刑法的行为表现形式。”〔3〕

第四种观点认为“持有型犯罪是指因某种不法状态客观存在，而该不法状态在现象上又直接归属于某个特定主体，因而引起该主体承担刑事责任的犯罪。”〔4〕

第五种观点认为“持有是支配、控制特定物品或财产的一种状态，以持有特定物或财产的不法状态为构成要件要素的犯罪就是所谓持有型犯罪。”〔5〕

此外，学界还存在其他持有型犯罪的界定，但从以上的五种表述来看，学界对持有型犯罪的本质基本能够达成共识，即持有型犯罪是行为人违反法律法规，非法持有国家禁止持有的物品从而构成的犯罪。从犯罪构成的客观要件、持有物的范围，以及持有行为本身的特点来定义，持有型犯罪是指行为人故意非法持有国家禁止持有的特定物品，无证据证明构成其他犯罪，而刑法明确规定应受刑罚处罚的行为。

（三）持有型犯罪的性质

关于持有的行为性质，英美刑法理论一般认为持有是一种状态，大陆法系

---

〔1〕 谢家友、唐世月：“论持有型犯罪”，载《法律科学》1995年第4期。

〔2〕 龙洋：“非法持有型犯罪问题的研究”，载《中外法学》1999年第3期。

〔3〕 陈学宁：“刑法中持有型犯罪的认定和构成”，载《山西高等学校社会科学学报》2000年第11期。

〔4〕 冯亚东：“试论刑法中的持有型犯罪”，载《中国刑事法杂志》2000年第1期。

〔5〕 梁根林：《刑事法网：扩张与限缩》，法律出版社2005年版，第79页。

国家的刑法理论则没有争议地认为持有属于作为。[1] 我国理论界对此意见分歧较大，主要有三种观点：①“状态说”认为，持有是一种状态，不是行为，传统刑法中危害行为的概念不能解释持有，因为持有说到底仅仅只是一种现象上的归属状态或关系，而决非任何意义上的行为。[2]②“行为说”认为，持有是指行为人通过保管、藏匿、拥有、携带等方式在事实上支配、控制着特定物品的行为；[3]③“状态行为说”认为，持有是人与特别物品之间的一种存在关系的状态，同时也是行为，因为持有状态的存在反映了人对物的控制，这种控制本身就是人的主体性的表现。[4]

在“行为说”内部，关于持有行为的性质又有三种不同的观点：“①作为说认为，法律规定持有型犯罪，旨在禁止行为人取得特定物品，故持有行为违反的是禁止性规范，属于作为。②不作为说认为，法律规定持有型犯罪，旨在命令持有人将特定物品上缴给有权管理该物品的部门，以消灭这种持有状态；如果违反该义务而不上缴该物品，就构成刑法禁止的不作为。③独立行为说认为，持有既不同于作为的特点，也不同于不作为的特点；作为具有动的特征，不作为具有静的特征，持有则具有动静相结合的特征；作为与不作为并不是A与非A的关系，将持有与作为、不作为相并列使之成为第三种行为并不违反逻辑规则。”[5]

“独立行为说”由储槐植教授首先提出，受到了一些学者的追捧，有成为通说之势。这种学说受英美刑法的影响，但并不一定适用于我国。笔者赞同张明楷教授的观点，即持有是一种行为，且持有是作为。刑法规定持有型犯罪时，旨在禁止人们持有特定物品，进而禁止人们利用特定物品侵害法益，而不是命令人们上缴特定物品，如刑法规定非法持有毒品罪，若行为人并未上缴毒品而是立即销毁毒品，则不构成犯罪。持有是对特定物品的实力支配、控制，该行为只能被认定为作为而非不作为，持有型犯罪的实质是对法律禁止性规定的违反，行为人实施了法律所禁止的行为。

（四）持有型犯罪的立法目的

有学者认为，持有型犯罪本质上属于抽象危险犯，[6] 但似乎不可一概而论，不同的持有型犯罪具有不同的立法目的。

---

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第161页。
〔2〕 杨书文：“论刑法上的持有行为”，载《法制日报》1998年7月4日，理论版。
〔3〕 张智辉：《刑事责任通论》，警官教育出版社1995年版，第124页。
〔4〕 龙洋：“非法持有型犯罪问题的研究”，载《中外法学》1999年第3期。
〔5〕 张明楷：《刑法学》（第4版），法律出版社2011年版，第161~162页。
〔6〕 劳东燕：“公共政策与风险社会的刑法”，载《中国社会科学》2007年第3期。

各国刑法中持有型犯罪构成的立法设计一般有两种情形：一是作为实质预备犯规定的持有特定犯罪工具或凶器的独立犯罪构成；二是就具有重大法益侵害直接危险的持有特定物品的行为，可能掩饰、隐藏重大犯罪行为的持有特定物品行为或者仅针对具有特殊法律义务的行为主体即国家公务员设定少量持有型犯罪构成。[1] 就前一情形的持有型犯罪而言，持有型犯罪构成的设置实际上是国家追究实质预备犯的刑事责任而运用的一种立法技术。这种类型的持有行为是实施其他目的行为的实质预备行为，立法者根据行为本身所具有的法益侵害危险而设计为独立的犯罪构成，立法目的在于惩罚早期预备行为以防止将来严重犯罪的发生，因而在危险社会，这种持有型立法被较多地采用，如持有枪支、弹药、爆炸物、危险物品等犯罪。而第二种类型的持有型犯罪实际上发挥的是一种堵截犯罪的功能，如日本刑法规定的伪造货币预备罪处罚的便是预备行为。实际上，持有型犯罪构成的设置已经成为国家追究实质预备犯的刑事责任而运用的一种立法技术。[2]

二、我国刑法中不安全食品持有、储存者的刑事责任的缺失

（一）国外关于非法持有不安全食品行为的规制

在国外刑法典规定的食品安全犯罪中，大多将食品安全犯罪行为模式规定得比较宽泛。大多数国家刑法典中的食品安全犯罪行为模式是“出售”或者“销售”，类似的表述还有“投放市场”、“进行流通”、“为销售而分发”等用语，为了贯彻预防性原则，避免损害后果的发生，很多国家同时将有害食品的生产、进口、储存、运输等各个环节都纳入刑法的调整范围之内。《瑞典刑法》第233条规定：“故意输入、储存、陈列或者贩卖有害健康之饲料或者原料者，处轻惩役或并科罚金，并公告有罪之判决。”《意大利刑法》第442条规定：“虽然没有参加前三条列举的犯罪，但以对公共健康造成危险的方法为销售而持有、销售或者为消费而分发已被他人投毒的、已腐败的、已变质的或者已掺假的水、食品或物品的分别处以以上各条规定的刑罚。”《芬兰刑法典》在第44章侵害保护健康和安全第1条（危害健康罪）中对因故意地或重大过失违反相关规章或命令，而生产、处理、进口或故意企图进口、持有、存储、运输、贩卖、转让、提供食品，或者以其他相关方式提供消费者服务，对他人的生命或健康造成危害的，以危害健康罪论处。

规定单纯地“持有”或“占有”有害食品的行为同样构成犯罪的国家有尼

[1] 梁根林：《刑事法网：扩张与限缩》，法律出版社2005年版，第86～88页。
[2] 劳东燕：“公共政策与风险社会的刑法”，载《中国社会科学》2007年第3期。

日利亚、芬兰、麦卡隆，只不过“持有”或“占有”一般是以销售为目的[1]，如尼日利亚刑法中的“占有”行为，俄罗斯刑法规定的“保管”行为，泰国刑法中的“陈列”行为等都明确要求犯罪主体主观上必须具有“出售的目的”。

这些国家规定了非法持有不安全食品的犯罪行为，尽管罪名不尽相同，但都重视对非法持有不安全食品行为的惩罚。

（二）我国关于持有型食品安全犯罪规定的缺失

《食品安全法》对食品的贮存、运输、装卸等行为都进行了相应的规定，而《刑法》对危害食品安全的规制主要限定于生产、销售环节，当运输、贮存等食品流通环节出现危害食品安全的行为时，往往会因为《刑法》中缺乏明确的规定而难以定罪处罚。

说到这里有必要分析下最高人民法院、最高人民检察院的解释：《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第 14 条的规定：“明知他人生产、销售不符合食品安全标准的食品，有毒、有害食品，具有下列情形之一的，以生产、销售不符合安全标准的食品罪或者生产、销售有毒、有害食品罪的共犯论处：（一）提供资金、贷款、账号、发票、证明、许可证件的；（二）提供生产、经营场所或者运输、贮存、保管、邮寄、网络销售渠道等便利条件的；（三）提供生产技术或者食品原料、食品添加剂、食品相关产品的；（四）提供广告等宣传的。”该解释对上述除生产、销售以外的辅助行为都规制了，均按共同犯罪处理，具有一定的现实指导意义。

但是，就储藏行为而言，按照生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的共同犯罪处理也有很大的局限之处：其一，共同犯罪的成立以实行犯构成犯罪为前提，储藏行为要受生产、销售不符合安全标准的食品，生产、销售有毒、有害食品行为的定性的制约。如果后者不具有生产、销售不符合安全标准的食品，生产、销售有毒、有害食品的故意或者虽有故意但情节显著轻微而不构成犯罪的情况下，前者的定罪量刑就无法解决。其二，即使最终的生产、销售不符合安全标准的食品，生产、销售有毒、有害食品行为人实施了相应的危害行为，但要查明其与最初的原料提供者的犯意联系也非常困难。从实践来看，原料提供者与最终用户之间链条纵横交错，下家成千上万，想要查实犯意联络极为困难。如此一来，司法实践中对该类行为的处罚操作难度反而增加，仓储或者持有行为并没有得到有效的控制，犯罪行为没有得到应有的惩罚，不利于打击仓储或者持有行为。

---

〔1〕 臧东斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社 2013 年版，第 66 页。

而且，如果出现以下的情况，该司法解释是无法处理的，即如果行为人把不安全食品生产出来以后，持有这批食品，但是司法机关无法查证他们生产行为的证据，或者行为人以将来销售为目的购进一批不安全的食品，而司法机关不能查证行为人的持有是为销售而做的预备行为。因为“法无明文规定不为罪”，故对此种持有（占有）、储藏行为不能认定为犯罪，无法追究其刑事责任。尽管在此种场合下，罪刑法定原则得以体现，但这样会产生两个弊端：一是刑法所保护的社会关系和社会秩序已经处于危险之中，随时都可能发生食品安全事故，而刑法却无能为力，不能进行预防。二是还会助长行为人的侥幸、冒险心理，只要谨慎小心不被发现，尽可能继续实施销售行为。就算其被查获持有或储藏危险食品，完全能以既没有生产也没有销售为由脱身。这实际上等于法律在默许、放任此种行为。最终，只能待危险行为得以继续或者造成实际的物质性危害后果时，刑法才能发挥其惩罚作用。但是对犯罪人的惩罚却不能使受到危害的法益完全得以恢复，如受害人因有毒食品死亡。应该说，只惩罚生产和销售两种行为，不能有效遏制危害行为的发生和继续，也不能预防犯罪造成的严重后果的发生，刑法预防犯罪的目的并未得以真正实现。刑法本身具有滞后性，现代社会变化之疾之大使刑法即使经常修改也赶不上它的速度，如果再有罪刑规定的疏漏，将对保护社会关系免受侵害极为不利。

三、增设非法持有不安全食品罪的必要性

1. 没有将持有不安全食品的行为规定为犯罪行为，将导致刑罚威慑无力，不利于实现刑法保护食品安全的功能

“刑法严厉的强制性决定了其具有威慑力，威慑力是刑法本质机能的体现，来自于其罪行规定。”[1] 行为人实施的行为符合相关罪名的犯罪构成要件，就将承担刑事责任，而趋利避害是人的本能，害怕被施以刑罚的痛苦和被认定为犯罪的道义非难，人们就会控制自己不去实施犯罪行为，通过这种方式不仅能有效震慑犯罪分子，又能教育社会上的大多数人，从而达到预防犯罪的目的。但是，刑法没有将持有不安全食品的行为规定为犯罪，让其承担刑事责任，这样刑法就没有起到应有的震慑作用，行为人很容易在利益的驱使下铤而走险。所以，只有将持有不安全食品的行为规定为犯罪，才能有效震慑犯罪分子，才能够防止此类危险食品流入社会。“法网恢恢，疏而不漏”“罪行适应，罚当其罪”才能发挥刑法“定海神针”的作用。

---

〔1〕 张亚军：《风险社会下我国食品安全监管及刑法规制》，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 210 页。

2. 持有不安全食品的行为具有严重的社会危害性，需要刑法的规制

行为人持有危险食品不是其最终的目的，最终目的是为了通过销售经营从而获得利益。目前的持有行为是预备，为将来的销售等行为做好准备。按照常理，行为人肯定将这种食品卖出转让后才能善罢甘休，在这之前，暂时不会造成现实的危害结果，但是扩大了实害发生的可能性，并对社会公众的法益构成威胁，存在严重的社会危害性。从司法实践看，非法持有不安全食品的行为频频发生，在司法机关无法查明不安全食品的来源与用途时，行为人却不因非法持有行为受到刑事制裁，因此，非法持有不安全食品的行为也更猖獗。我国非法持有不安全食品的行为越来越多，加之该行为的严重社会危害性，理应增设非法持有不安全食品罪。

3. 增设持有不安全食品罪有利于遏制、预防食品安全犯罪

增加非法持有不安全食品罪一方面有利于遏制食品安全犯罪行为。生产、销售不安全食品的犯罪时间、地点、手段等具有隐蔽性，一些违法的生产地点通常不易被发现，他们的生产时间也不同于正常生产，多在夜晚等不易引起注意的时间加工。在司法实践中，对不安全食品犯罪规制的缺乏造成了司法机关在查处该类犯罪行为时显得力不从心，由于对此类犯罪很难查到充分的证据，从而给犯罪分子以可乘之机。如果将持有不安全食品的行为规定为犯罪行为，那么司法机关在查处持有不安全食品案件中，将不用必须取得行为人生产、销售方面的证据才能对犯罪嫌疑人定罪处罚，而只要能够证明其持有较大数额的不安全食品，即可让其承担刑事责任。这样既不会放纵非法持有不安全食品的犯罪行为，也能够避免不安全食品造成的危害，有利于遏制生产、销售不符合安全标准的食品等食品安全犯罪行为。

另一方面增加不安全食品罪也能有效地预防食品安全犯罪。行为人持有不安全食品的主要目的在于牟利，销售是牟利的最主要途径，当然不可否认行为人还可能通过其他方式解决所持有的不安全食品，如将不安全食品分发给他人食用，或是以搭售等其他方式获取经济利益。通常行为人会把持有的危害刑法所保护的人民利益的大量不安全食品进行处理，无论是否具有营利目的，一旦不安全食品通过一系列途径转变成他人物品，就有可能危害人们的身体，非法持有不安全食品的危害不可小觑。但如果行为人在持有不安全食品时就受到惩治，则行为人后续的销售或是其他处理不安全食品的行为可被阻断。因此，增加非法持有不安全食品的持有型犯罪，能及早地堵截销售不符合安全标准和有毒、有害食品的行为，预防食品安全犯罪。

4. 增设持有不安全食品罪符合我国现阶段食品安全犯罪刑事政策的需要

我国现阶段对食品安全犯罪采取的是“从严打击”法人刑事政策，是一种

重刑化的刑事政策。重刑化的刑事政策体现在两个方面：①从立法上来说，《刑法修正案（八）》将食品安全犯罪的罪名设置增加了，并降低了入罪的门槛，提高了刑罚量，并丰富了食品安全犯罪的司法解释。②从司法上来说，从2010年9月15日起，最高人民法院、最高人民检察院、公安部及司法部联合下发了两个具体规定，针对食品安全犯罪开展了一系列会议及专项整治活动，然而重典之下并没有治好食品安全中的乱象，食品安全犯罪仍十分猖獗。列宁说过："惩戒的警戒作用不是看惩罚的严厉与否，而是看有没有人漏网。重要的不是严惩罪行，而是使所有的罪案都真相大白。"对于食品安全犯罪来说，单靠"严打"无法实现食品安全的美好愿景，"严打"的同时更应"打严"。所谓"打严"即构建起严密的刑事法网，提高刑罚的必定性和及时性，而刑罚的严厉性则要坚持刑法的谦抑性精神，既不过轻也不应过重。不安全食品的持有犯罪的设置并不违背刑法的谦抑性原则，一是该罪是生产、销售不符合安全标的准食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪的补充性罪名，只有在不构成前两罪的前提下，持有法律禁止的一定量的不安全食品才会构成非法持有不安全食品的犯罪。非法持有不安全食品的危害性远远小于生产、销售不符合安全标准的食品或是有毒、有害食品，因此，对行为人非法持有不安全食品的处罚就应该远低于对生产、销售行为的处罚，从这个角度看，其并未破坏刑法的谦抑性。二是该罪同其他持有型犯罪一样，具有道德无涉性，不是因为道德上这种恶性被禁止，而是由于法律的特别规定而被禁止。换言之，危害食品安全的持有型犯罪是法定犯，刑法未规定持有不安全食品的犯罪，持有不安全食品无罪，法律将该行为规定为犯罪后，这种行为才具有刑事处罚性。从1979年《刑法》开始，我国的法定犯不断增多，主要因为随着社会的发展，有些行为必须规定为犯罪才能更好地起到预防作用，危害食品安全的持有型犯罪就是如此。从上述两个方面看，只要刑事立法中科学地配置不安全食品的持有型犯罪，该罪就能与违法生产、销售环节的犯罪打击相得益彰，有力打击食品安全犯罪，严密食品安全犯罪的刑事法网。

综上所述，笔者认为，增加非法持有不安全食品罪有客观现实的需要，在理论上是可行的，而且有西方法治发达国家的理论和实践及立法范例作参考，增加此罪有充分的理由，并能起到严密法网的作用，从而有效打击食品安全犯罪。

四、增设非法持有不安全食品罪的具体建议

（一）增设非法持有不安全食品罪应注意的问题

首先，增设非法持有不安全食品罪，必须坚持持有型犯罪的补充性。持有

型犯罪成立排除持有行为构成其他犯罪，只有在持有行为不构成其他犯罪的前提下，才能构成持有型犯罪。如果持有的先前行为构成犯罪，行为人之所以持有特定物品是因为持有前的行为，也就是持有是先前行为的必然结果，则能够查明先前行为时，应惩罚的是先前行为而不是持有行为，此时持有行为不构成犯罪。如制造毒品后的持有行为将不再单独定罪。如果持有行为是为后继行为服务，持有行为是后继行为的必然前置程序，后继行为成立犯罪时，则持有行为不构成犯罪。但是如果持有的先前行为或是后继行为都无法查明的，只能证明持有人的持有行为时，就只能按照持有型犯罪处罚。由此看来，持有型犯罪的价值在于严密刑事法网，对于特定犯罪无法查明，而持有具有社会危害性的情况下，则能够防止行为人钻法律的空子。在增设非法持有不安全食品罪时，只有在以下情况下才能定罪处罚：一是无法查明持有不安全食品是生产、销售不符合安全标准的食品和生产、销售有毒、有害食品的部分行为；二是无法查明持有不安全食品是生产、销售不符合安全标准的食品和生产、销售有毒、有害食品的共犯行为。即非法持有不安全食品罪只能是生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的补充性罪名，只有司法机关无法查证不安全食品的真实用途，也不能查证其他犯罪用途，有证据证明行为人的非法持有行为时，才能认定为非法持有不安全食品的犯罪。

其次，增设非法持有不安全食品罪，必须坚持主客观相一致原则。学界对持有行为的主观方面的证明主要有三种观点：第一种观点认为持有型犯罪的主观罪过不需要证明，只要被告实施了持有特定物品或财产的行为即可达到证明标准，即“严格责任说”；第二种观点认为“持有型犯罪的主观罪过需要证明，证明责任在控方，被告人可以提起抗辩而不负有证明责任”；[1] 第三种观点认为持有型犯罪的主观需要证明，证明责任在辩方，即引入民法中的过错推定制度，行为人无法证明主观上没有过错时，推定具有持有的故意。笔者认为严格责任说与推定责任说皆不妥，英美法系国家采用严格责任说与其立法、司法密切相关，而我国认定犯罪应坚持主客观相一致的原则。根据主客观相统一的定罪原则，持有的成立在行为人的主观方面必须是故意，即明知其持有的物品是不符合食品安全标准的食品或有毒、有害的食品等法律限制或禁止流通物；客观上持有不安全食品，如果主观上不知情或者过于自信、疏忽大意，则不应定罪，换句话说，过失行为不定此罪。为严密刑事法网，遏制食品安全犯罪，减轻司法机关的证明责任，行为人只要认识到持有物的存在即可，不需要明确知

---

〔1〕 龙宗智：《刑事证明责任与推定》，中国检察出版社 2009 年版，第 120 页。

道持有物的性质。“只要行为人认识到持有物是法律禁止持有的物品即可，并不要求行为人对持有物的具体有害性质、成分等有明确具体的认识。”[1]

最后，非法持有不安全食品达到一定的数量才能定罪处罚。目前，对持有不安全食品罪没有形成统一的定罪标准，主要有这样两种观点：一种观点认为，只有将不安全食品出售并造成他人身体健康、生命受到严重损害的结果时才构成本罪，即以一定的损害结果为定罪标准；另一种观点认为，以行为人持有的不安全食品的数量或者未出售的货值金额为标准，可以考虑规定一定的参考标准，超过此标准的才构成本罪。笔者认为，第一种观点实质上构成吸收犯，即持有人将不安全食品出售导致他人身体健康、生命受到损害同时触犯了持有不安全食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪或生产、销售不符合安全标准的食品罪，前罪被后罪吸收，无需并罚。因此，笔者同意第二种观点，即按持有不安全食品的数量或者未出售的货值金额来认定。不安全食品数量的确定，可以依据生产、销售不符合安全标准的食品罪的定罪标准，非法持有不安全食品的数量达到定罪标准，无法查明不安全食品的来源和用途时，构成非法持有不安全食品罪；非法持有不安全食品的数量较少，达不到定罪标准的，则应承担拘留、罚款等行政制裁，而不能认定为犯罪。

（二）增设非法持有不安全食品罪的具体建议

通过上文分析可知，非法持有不安全食品的行为具有严重的社会危害性，应当列入食品安全犯罪体系中，刑法有必要在现有的食品安全犯罪体系中，增加非法持有不安全食品罪，作为生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的补充性罪名。

从犯罪构成要件理论出发，对非法持有不安全食品罪提出以下建议：

本罪和生产、销售不符合安全标准的食品罪及生产、销售有毒、有害食品罪的客体是一致的，都是复杂客体，即不特定多数人的生命、健康权和国家的食品安全的监管制度。犯罪对象是国家禁止个人或单位持有的不安全的食品，这里的不安全食品包括不符合安全标准的食品和有毒、有害的食品。

本罪的客体方面表现为行为人实施了生产、销售不符合安全标准或有毒、有害食品行为以外的持有行为，非法持有一定数量的、无法查证来源与用途的不安全食品。本罪的“持有”应作广义理解，包括储藏、保管等行为，无论不安全食品藏在何处，凡行为人可以自由支配不安全食品的方式，均可构成本罪。本罪应该是数额犯，即非法持有不安全食品必须达到法定数额，才构成本罪。

---

〔1〕 萨洪蕾：《论刑法应增设持有型危害食品安全的犯罪》，安徽大学2013年硕士学位论文。

本罪的主体既可以是达到刑事责任年龄的自然人，也可以是单位。具有刑事责任能力的自然人，从事储藏等非法持有不安全食品行为的，应当承担本罪的刑事责任。作为食品安全犯罪的一种，非法持有不安全食品罪应和其他罪名保持一致，单位也可以是本罪的犯罪主体，单位构成本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员定罪处罚。

本罪的主观方面为故意，不是过失。行为人故意非法持有不安全食品，既可以是直接故意，也可以是间接故意，即明知是不安全的食品仍希望自己非法持有或放任自己的非法持有行为。非法持有不安全食品的行为人对不安全食品具有认识因素，认识到自己所持有的是不安全食品，但不要求非法持有不安全食品的行为人明确知道不安全食品的具体危害成分、含量等，只要认识到自己持有的是不安全食品即可。

综上所述，非法持有不安全食品罪是在无法查证行为人非法生产、销售不符合安全标准的食品或是非法生产、销售有毒、有害食品行为时，行为人明知自己持有的是不安全食品，仍非法持有一定数量的不安全食品的行为。

第七节

食品安全犯罪的资格刑研究

双兰档 *

食品安全犯罪是指触犯我国刑法第143、144条之规定，生产、销售不符合安全标准的食品和生产、销售有毒、有害食品的犯罪。在我国，打击食品安全犯罪仅依靠于生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪。就我国近年来屡屡曝光以及日益凸显的食品安全问题来看，生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪在预防与惩治食品安全犯罪上发挥着重要作用。食品安全违法犯罪现象频发，固然是生产、销售者的谋利企图，但也反映了我国目前食品监管的不力、法律规制的缺失。刑法作为各部门法的最后一道屏障，理应对严重危害食品安全的行为做到"法网恢恢，疏而不漏"、"罪刑适应，罚当其罪"，发挥惩治危害食品安全犯罪的"定海神针"作用。[1] 对此，国内学者正在积极探讨如何丰富资格刑的种类，将资格刑引入食品安全犯罪，试图有效解决实践中存在的一系列食品安全犯罪案件的疑难问题。本文对食品安全犯罪资格刑进行论证，分析其设置的必要性以及提出具体立法构想。

---

* 西北政法大学刑法研究生。

〔1〕 舒洪水："关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考"，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

一、资格刑概述

针对形形色色、轻重不同的犯罪，各国刑法规定了各种各样、有轻有重的刑罚方法，对刑罚方法主要有三种分类方法：第一种分类方法是将刑罚分为主刑与附加刑（从刑）。主刑是一种基本的刑罚方法，一般独立适用。附加刑一般是附随主刑适用的刑罚方法，但也有可能独立适用。第二种分类方法是将刑罚分为重刑、轻刑与附属刑。事实上，这种分类与第一种分类无本质区别，重刑与轻刑相当于主刑，附属刑相当于附加刑。第三种分类方法是将刑罚分为重罪之刑与轻罪之刑，这种分类方法与刑法对犯罪的分类是相适应的。综合各国刑法的规定来看，死刑与自由刑一般属于主刑或重刑，剥夺各种资格的刑罚方法（资格刑）一般属于附加刑或附属刑。财产刑则不一致，有的国家刑法规定为主刑，有的国家刑法则规定为轻刑或附加刑。根据各种刑罚的性质与内容，在理论上将刑罚可以分为四类：死刑、自由刑、财产刑与资格刑。即资格刑就是刑法学中的一种理论上的分类，是一个理论上的概念，而不是一个法定概念。

（一）资格刑概念之争

关于资格刑的概念理论界主要有以下分歧：

1. 名誉刑说

将资格刑称为名誉刑。具体定义时，又有不同的说法。如台湾刑法学家谢瑞智认为，“名誉刑者，以剥夺犯人之名誉为目的之刑罚也。”〔1〕另一学者张甘妹认为：“资格刑者，剥夺犯罪人一定之资格，以减损其名誉的刑罚。”〔2〕可以看出作为名誉刑是对某人所享有的某种名誉的剥夺或者减损，即名誉刑必须以犯罪人所已经现实享有的名誉为前提。而学者高仰止认为：“名誉刑者，谓国家褫夺犯人所享有荣誉之资格，亦即使犯人丧失享有公法上一定权利之刑罚，丧失公权之资格，乃丧失公法上一定权利能力，故名誉刑又称权利刑、资格刑或能力刑。”〔3〕这种说法实际上将上述名誉限定为公法上的某种资格，显然对资格刑定义过于狭窄。

2. 能力刑说

认为资格刑应称为能力刑，“能力刑为剥夺犯人享有公权能力之刑罚，学者每以夺公权能力，即系减损荣誉、加犯人以耻辱，故立称为名誉刑，但在现代特别预防主义之下，刑罚非但不应减损犯罪人之人格，且须养成其羞耻心、名

---

〔1〕谢瑞智：《刑法总论精义》，台湾文笙书局1981年版，第211页。

〔2〕张甘妹：《刑事政策》，三民书局1979年版，第307页。

〔3〕高仰止：《刑法总则之理论与实用》，五南图书出版公司1987年版，第471页。

誉心，始能达致善之目的，法律规定能力刑，乃限制犯人之行为能力，以其预防危害，非以剥夺荣誉为事，故名誉刑之称，远不若能力刑为恰”。[1] 能力刑，即剥夺犯罪人一定能力的刑罚。但作为法律概念的能力，包括权利能力和行为能力，从刑法学角度来讲，剥夺能力实质上是剥夺犯罪人的某种权利能力，从而使犯罪人丧失相应的行为能力而达到预防犯罪人再犯同一种罪的目的。该说并未对“能力”作出界定，容易造成误解。

3. 权利刑说

资格刑应称为权利刑，是以剥夺一定权利为内容的刑罚。该说认为，“资格刑是指剥夺犯罪分子享有或者行使一定权利资格的刑罚总称。狭义的资格刑只是作为刑罚主刑附加刑适用或者单独适用的一种剥夺犯罪分子享有或行使某种权利的刑罚；广义的资格刑不仅作为刑罚中主刑适用或者对某种轻微罪行单独适用，而且可以作为对犯罪分子刑罚执行完毕，仍不能从事某种职业或行使某种公权的一种刑罚的延伸”。[2] 但人所享有的权利有很多种类，如生命权、财产权等，该说未对“权利”进行界定，只笼统说剥夺犯罪人的权利，就会使得权利刑范围过大，还会涵盖财产刑、生命刑等，混淆各种刑罚方法划分的标准。

4. 资格刑说

该说认为把资格刑称为名誉刑、能力刑、权利刑欠妥，而应称为资格刑。有学者认为：“资格刑是剥夺犯罪人行使一定权利的资格的刑罚。”这种观点是大陆学者中较为通行的资格刑的定义，但这一观点有循环定义之嫌。有学者认为：“资格刑是剥夺犯罪人从事某种活动的资格的刑罚。”这一观点未明确资格刑并不是某种特定刑罚方法的名称，而是一类具体的刑罚方法的统称。有学者认为：“资格刑是为了预防犯罪而剥夺犯罪人从事某种活动所必需的权利能力或身份的一种较轻的刑罚方法。”[3] 有学者认为这种观点有画蛇添足之嫌，没有必要将刑罚预防犯罪的功能予以表述，其提出观点认为：“资格刑是指由现代刑法所规定的剥夺犯罪分子从事某项特定活动的法律性权利能力或身份”。

从资格刑的起源和演变过程来看，欧洲大陆法系国家的资格刑来源于罗马法。罗马法基于报应刑理论，采取对犯罪人以人格减等的方法降低犯罪人的法律地位，来达到报应的目的。这便是资格刑被称为名誉刑的原因。近代刑罚理论发展，由单纯的报应刑转为报应与预防相结合，重视犯罪人的再社会化，使得犯罪人人格减等的名誉刑不再适用，所以名誉刑就发展成为资格刑。最初，

---

〔1〕 谢瑞智：《刑法总论精义》，台湾文笙书局 1981 年版，第 211 页。

〔2〕 张甘妹：《刑事政策》，三民书局 1979 年版，第 307 页。

〔3〕 高仰止：《刑法总则之理论与实用》，五南图书出版公司 1987 年版，第 471 页。

资格刑只是剥夺犯罪人的公权，即公法上的一定权利，随着社会的发展，人们的生活在很大程度上还依赖于私权，依赖于一定的职业与一定的活动，于是剥夺犯罪人的私权与从事某种职业或活动的权利，也具有了重要意义。资格刑的内容逐渐扩大，形成现代意义上的资格刑。因此，所谓资格刑，是指剥夺犯罪人享有或行使一定权利或资格的刑罚的总称，有广义与狭义之分。狭义的资格刑，是指剥夺犯罪人担任公职或作为公职候选人的资格，以及犯罪人在公法上所享有的其他某种权利，即所谓的褫夺公权。广义的资格刑，除上述狭义资格刑的内容以外，还包括剥夺犯罪人在私法上的某些权利以及从事某种职业与活动的权利。

（二）外国资格刑的规定及其内容

当今世界各国对于资格刑大多都有规定，资格刑在国家刑罚体系中一般作为附加刑，但也可以既作为附加刑，又作为主刑。资格刑依据其适用的期限，可以分为无期资格刑与有期资格刑。无期资格刑，是指使犯罪人终生不能享有某种资格；有期资格刑，则是指使犯罪人在一定期限内不能享有某种资格。例如，《意大利刑法典》第 28 条将剥夺公权分为无期与有期两种，而《德国刑法典》第 45 条则将资格刑的期限设在 5 年以下。依据适用的方式，资格刑可以分为必要资格刑与任意资格刑。必要资格刑，是指法院无自由裁量权而必须予以适用的资格刑，例如《德国刑法典》第 45 条丧失公职资格和公开选举资格的必须适用；任意资格刑，则是指法院可以自由裁量是否予以适用的资格刑。综合各国对资格刑的规定，刑法中资格刑所剥夺的资格包括两方面的内容：一是犯罪人因已然活动所形成的身份、地位，是公法上所享有的某种资格或权利；二是犯罪人从事未然活动所应具备的条件、身份，是对其在于私法上的某些权利以及从事某种职业与活动的权利。资格刑的内容主要包括以下几种：

1. 剥夺公权

剥夺公权是指剥夺犯罪人在公法上的权利。规定资格刑的国家和地区基本都包括了剥夺公权的内容，只不过称谓有所不同。有的称为禁止行使一定权利，如罗马尼亚；有的称为剥夺公权或褫夺权利，如法国、意大利、我国台湾地区；有的称为剥夺公共权利，如波兰。剥夺公权具体包括以下内容：担任公职的权利、作为公职候选人的权利、选举权与被选举权、获各项荣誉之权等。上述剥夺公权所具体包括的内容，明显反映了国家对于犯罪行为和犯罪人的否定性的政治评价，排除犯罪人参与国家事务管理和利用公职或身份进行违法犯罪活动的可能性，维护国家权威和公职的廉洁性。例如，《意大利刑法典》第 28 条规定的褫夺公权包括：①在任何选举会议中的选举权和被选举权，以及一切其他政治权利；②担任一切公共职务的权利，包括一切非义务性的公共服务委托，

以及与之有关的公务员身份或受委托从事公共服务人员的身份；③担任监护人或从中保佐人职务的权利，包括临时职业，一切与监护或保佐有关的其他职务；④获得学术级别或职位、称号、勋章或者其他公共荣誉标志的权利；⑤获得由国家或者其他公共机构负担的薪金、抚恤金和补贴；⑥一切与上述各项列举的职务、级别、称号等相关的荣誉性权利；⑦担任或者取得以上各项列举的任何权利、职务等的权能。[1] 我国台湾地区刑法规定的褫夺公权包括褫夺公务员之资格、公职候选人之资格，行使选举与被选举权、行使决定的权利等。

英美法系国家和地区关于资格刑的内容亦有所规定，如《加拿大刑法典》中第748条规定，因某一可诉罪被判处5年以上监禁刑的犯罪人，在其被定罪时担任的政府公职或公务立刻解除。只有在所判处刑罚执行完毕，或者主管当局替代的刑罚执行完毕，或者得到女王的赦免，才可以担任政府公职或其他公共机构的职务，或者选举为国会、立法机关成员以及行使所有的选举权。英美刑法中将非从事公务的人员也列入褫夺公权的范围之内。

我国内地刑法规定，剥夺政治权利是剥夺下列权利：选举权和被选举权；言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；担任国家机关职务的权利；担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。剥夺政治权利的期限一般是1年以上5年以下，还包括剥夺政治权利终身。

2. 剥夺亲权或其他民事权利

剥夺民事权利，是指剥夺犯罪人私法上的权利，包括亲属权、教养权、财产处理权、签发支票以及用信用卡付款等权利。亲权是指父母基于身份所享有的对子女的特有的权利和义务，一般是当犯罪人的犯罪行为违反亲权人的义务时，剥夺其亲权。如《瑞士刑法典》第53条第1款规定，因犯重罪或轻罪被科处自由刑，其教养权或其作为监护人或者保护人的义务因而被破坏的，法官可剥夺其教养权或监护人职务、保护人职务，并宣告其无力行使教养权或担任监护人、保护人。而法国刑法中所规定的剥夺民事权利亲权还包括剥夺作为监护人或财产管理人之权利，禁止签发支票及使用信用卡付款等。

3. 禁止从业

所谓禁止从业，是指禁止行为人从事某种职业或者营业的权利。一般认为，对从事特定职业者，在其职业或营业之上犯罪，剥夺其继续职业或营业的资格，如医生、律师、司机等，主要是为了不让犯罪人利用一定的职业或营业活动从事犯罪活动。因此，禁止从业，一般是指禁止从事与所实施的犯罪有密切关系

---

〔1〕 谢瑞智：《刑法总论精义》，台湾文笙书局1981年版，第211页。

的职业或营业。例如，《意大利刑法典》中规定的褫夺营业权，“禁止从事某一职业或技艺使被判刑人丧失在禁止期间从事要求具备特别许可、特别资格、主管机关批准或准许的职业、技艺、产业、贸易或行业的技能，并且意味着上述许可、资格、批准或准许的实效。禁止从事某一职业或技艺的期限不得少于1个月，也不得超过5年，法律明文规定的情况除外”。并且《意大利刑法典》针对食品安全犯罪规定了资格刑，规定，“因犯造成食品变质或者掺假、造成其他食品变质或者掺假和销售变质或掺假的食品之罪的，禁止在5年至10年的期限内从事有关职业、技艺、产业、贸易或手艺，并且禁止在同样的期限内担任法人和企业的领导职务”。[1] 而《法国刑法典》中规定的范围更加宽泛，规定，“如所从事的职业性或社会性活动提供的方便条件被故意利用来准备或实行，禁止从事此种职业或社会活动，最长时间为5年；但该禁止事项不适用于因选举产生的任职或履行工会职责，亦不适用于新闻方面的轻罪”。日本在其有关的单行法中对资格刑做出了规定，如《会计师法》中，就有关于停止、限制和剥夺犯罪分子相关资格的法律规定。这种剥夺从事一定职业或营业的权利的资格刑主要适用于利用职业、营业进行经济性犯罪，这种资格刑通过剥夺犯罪人的职业或营业资格，剥夺其再犯的能力，并借此来威慑社会上的一般成员，以实现一般预防和特殊预防的刑罚目的。

4. 剥夺从事一定活动的权利

剥夺从事一定活动的权利，指禁止犯罪人进行一定的活动。这里的活动，主要是具有一定危险性或者可能导致危险的活动。最常见的便是禁止驾驶、酗酒等。如德国刑法中关于禁止驾驶的资格刑的规定，将禁止驾驶作为从刑，规定在驾驶交通工具，或与驾驶交通工具相联系，或是在侵害驾驶者的义务之下所实施的犯罪行为中，而被判处自由刑或者罚金刑，法院可以禁止其在道路交通中驾驶任何或者某一类特定的机动车，为期1个月以上3个月以下。法国、西班牙、我国香港地区等也都有关于禁止驾驶的资格刑的规定。瑞士刑法中规定，在过量饮用含酒精饮料后实施犯罪的，除科处刑罚之外，法官还可以禁止犯罪人在6个月至2年期间进入出售含酒精饮料的酒店。在特殊情况下，禁止进酒店的命令可以限制在规定的区域。这就类似于禁止令，实质上是法院以禁止令的方式禁止犯罪人出入某种场所或从事某种活动。如加拿大刑法规定，对14岁以下的儿童实施过犯罪，法院可以对其发布禁止令，禁止其出入儿童可能出入的特定公共场所。

---

〔1〕 谢瑞智：《刑法总论精义》，台湾文笙书局1981年版，第211页。

5. 剥夺军衔、荣誉、称号等

这一资格刑主要倾向于对犯罪人政治上和名誉上的否定性评价，一般来说是对犯罪人已然取得的军衔、荣誉或称号等的剥夺。剥夺军衔主要适用于军人犯罪，英美刑法中规定了撤职、降衔、开除军籍、除名、不良退役等。在意大利刑法中，剥夺军衔、荣誉、称号等是作为对犯罪人褫夺公职的必然结果。

6. 驱逐出境或禁止进入本国领域

主要是指剥夺犯罪的外国人在本国居留的资格。法国刑法对驱逐出境作了详细的规定，并将驱逐出境分为定期驱逐出境与终生驱逐出境。我国内地《刑法》第35条规定了驱逐出境，即对于犯罪的外国人，可以独立或附加适用驱逐出境。

二、我国食品安全犯罪资格刑设置的必要性

在我国现行刑法中，资格刑作为一种附加刑予以适用，包括剥夺政治权利和驱逐出境两种。在其他有关法律法规当中，还规定了具有资格刑性质的剥夺军衔、剥夺职业资格，如剥夺法官、律师、医生、教师、注册会计师、证券从业职业资格，但这并非是一种刑罚处罚方法，其实质上是行政处罚。我国2009年6月1日起实施的《食品安全法》第九章对于危害食品安全的违法行为规定了非常具体的法律责任。除了对违反《食品安全法》的食品生产、经营者采取罚款、责令停业、吊销许可证等处罚措施以外，第92规定，“被吊销食品生产、流通或者餐饮服务许可证的单位，其直接负责的主管人员自处罚决定作出之日起5年内不得从事食品生产经营管理工作。食品生产经营者聘用不得从事食品生产经营管理工作的人员从事管理工作的，由原发证部门吊销许可证。”由此可以看出，我国对于危害食品安全行为也规定了具有资格刑性质的行政处罚。不置可否，该条款在剥夺了违法主体在一定期限内从事食品管理工作的资格，具有一定的惩戒和预防危害食品安全的积极作用。但行政处罚不能作为预防食品安全犯罪的替代措施。我国现行刑法至今缺乏禁止执业的资格刑的设置，而唯一可以适用于食品安全犯罪的资格刑也即剥夺政治权利，其具有浓厚的政治色彩，根本不能够达到刑法制裁的效果。因此，我国应当对食品安全犯罪资格刑做出刑法规制。

（一）食品安全犯罪资格刑自身特性的需要

特性可以反映出其价值，食品安全犯罪资格刑作为刑罚之一种，除了具备刑罚的一般特点之外，还具有自身的特征。在食品安全犯罪中，无论是生产、销售不符合安全标准的食品，生产、销售有毒、有害的食品，还是对不符合安全标准、有毒、有害的食品进行运输、贮存、装卸等食品流通环节的行为，无

一不是追求利润最大化所使然。而在追求利润最大化的同时，利润的取得无不与其自身所处的位置、所拥有的权利或所具有的资格密切相关。对于这些食品安全犯罪人，剥夺其从事特定职业或某项权利或者资格就等于断了其再犯罪的可能，无疑具有相当大的刑罚价值。食品安全犯罪产生的原因应当是多方面的，我们可以把食品安全犯罪产生的原因简要归纳为三点：犯罪人的主观贪利性、立法上的不足、执法上的不力。其中犯罪人的主观贪利性是决定性因素。如果对食品安全犯罪适用资格刑，就可以使犯罪人的主观贪利性只是主观的意志，无法形成犯罪，因为这将切断他们犯罪的脉络，使其没有可利用的手段去犯罪，从而能从根本上打击犯罪。

（二）有利于实现刑罚的特殊预防

贝卡里亚认为，“刑罚不仅是事后制裁而且是通过对犯罪行为的否定性评价以及对犯罪人施以刑罚的方式对权利的保护起到一般预防和特殊预防的功能，是一种可以感触的力量”。刑罚的功能应以预防和教育为主，而不是单纯以惩罚和报应为目的。资格刑，是剥夺犯罪人从事某种职业或营业、活动所具备的条件或身份的刑罚方法，其最独特的作用就是有利于发挥刑罚的特殊预防功能。在刑罚设置方面，“经济犯罪主观上出于贪利目的，对其仅判处自由刑尚不足以遏制其再犯”。[1] 对于食品安全犯罪而言，犯罪人在利益的驱使之下，再犯的可能性非常之大，如陈金顺非法经营“病死猪”肉案。[2] 因此，必须对食品安全犯罪在判处自由刑、财产刑的同时，实行禁止犯罪人从业的资格刑，只有这样，才能既剥夺犯罪人的犯罪所得，又剥夺其继续实施犯罪的资本，彻底剥夺犯罪人在一定期限内甚至永久再犯的能力，使其不仅无利可图，而且得不偿失，从而有效地预防食品犯罪的再次发生，达到刑罚的特殊预防的效果。

（三）完善我国刑罚体系，合理配置刑罚结构的需要

刑罚体系，是指刑事立法者从有利于刑罚的功能和实现刑罚的目的出发，选择一定的惩罚方法作为刑罚方法并加以归类，由刑法依照一定的标准对各种

---

〔1〕 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第708页。

〔2〕 最高人民法院公布五起危害食品安全犯罪的典型案例见 http：//news. xinhuanet. com/legal/2013－05/03/c_ 124661337. htm. 陈金顺非法经营“病死猪”肉案情简介：被告人陈金顺曾于2008年4月30日因犯生产、销售伪劣产品罪，收购赃物罪被判处有期徒刑11个月，并处罚金人民币8.2万元，2008年5月11日刑满释放。2010年11月起，陈金顺收购病死猪肉后予以销售，销售金额达50余万元，违法所得20万元，被查获尚未销售的病死猪肉4060斤。福建省仙游县人民法院依法判处被告人陈金顺犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑12年，并处罚金人民币100万元。其余被告人分别以非法经营罪，生产、销售伪劣产品罪，生产、销售不符合安全标准的食品罪被判处1至10年不等的有期徒刑，并处罚金。

刑罚方法进行排列而形成的刑罚序列。[1] 我国目前的刑罚体系由主刑和附加刑组成，从总体上看，我国目前的刑罚体系还比较科学合理，但随着各种犯罪形式不断出现，现行的刑罚体制已不能有效地预防和惩治犯罪，而且现行刑法中的资格刑只是单纯的剥夺政治权利，这种政治性色彩深重的刑罚很难惩治目前多发、复发的食品安全犯罪。基于此，对食品安全犯罪资格刑的配置，是完善我国刑罚体系的必要，能够充分发挥刑罚的整体功能。

刑罚结构，也即各种刑罚方法在刑罚体系之中的组合形式，更具体地说，就是刑种的配置比例。刑罚体系经历了一个从以死刑与肉刑为中心到以自由刑为中心，乃至于现代正逐渐向以罚金刑及其他非禁止化的刑罚种类为中心的发展史，从而构造了刑罚从残酷到人道的历史演变的轨迹。刑罚改革的重心开始趋向轻缓化。从过去到未来，刑罚的结构可能有五种类型：死刑在诸刑罚中占主导地位；死刑和监禁共同在诸刑罚中为主导；监禁在诸刑罚中占主导地位；监禁和罚金共同在诸刑罚方法中为主导；监禁替代措施占主导地位。第一种已成历史的过去，第五种尚未到来，中间三种在当今世界中存在。死刑和监禁占主导的可称重刑刑罚结构，监禁和罚金占主导的可称轻刑刑罚结构。[2] 由此可知，我国刑罚结构的特点是以死刑、无期徒刑和 3 年以上有期徒刑为代表的重刑在刑罚结构中比重过大，而以管制、拘役、3 年以下有期徒刑和罚金刑、资格刑为代表的轻刑在刑罚结构中地位偏低。因此，在食品安全犯罪中设置资格刑是刑罚轻缓化改革的题中之义，符合人道、宽和的要求，很好地贯彻了现行的打击犯罪的“宽严相济”的刑事政策。在食品安全犯罪中适用资格刑，能够有效地剥夺犯罪人据以利用其特有的资格实施犯罪的条件，在改造犯罪、预防犯罪方面具有独特的作用。与其他刑种相比，资格刑施加于犯罪人的痛苦感较弱，在犯罪情节较轻时，能够体现刑罚的人道性，符合“宽严相济”刑事政策的现实需要，具有积极的刑事政策价值。

三、食品安全犯罪资格刑法律制度之构建

食品生产经营领域是非常重视安全与规范的领域，进入这一领域，需要许可或者资格，对于利用资格从事犯罪的个人，适用资格刑，可以起到特殊教育预防的作用。对于利用许可从事犯罪的单位，处以禁止其从事特定业务的资格刑，也符合刑罚的目的。我国刑法在食品安全犯罪资格刑方面的欠缺，没能够

---

〔1〕 高铭暄、马克昌：《刑法学》（第 4 版），北京大学出版社、高等教育出版社 2010 年版，第 248 页。

〔2〕 储槐植：《刑事一体化》，法律出版社 2004 年版，第 281 页。

彻底剥夺食品安全罪犯再犯的能力和从事食品经营的可能性，使得犯有危害食品安全犯罪的食品生产、经营者仍能从事食品生产、经营活动，这也是食品安全犯罪屡禁不止的原因之一。而且，刑法中有关食品安全资格刑的缺失与《食品安全法》的相关规定也不相衔接。实践证明，具有资格刑意义的食品安全从业者的“黑名单”制度，效果良好。

因此，在我国刑罚中应当增设禁止食品安全犯罪的罪犯从事食品生产、经营行为的资格刑。国外规定禁止执业的资格刑具有借鉴意义，我们可以根据我国的食品安全犯罪具体情况，合理借鉴外国禁止执业的资格刑，可对我国食品安全犯罪的资格刑作出规制。主要在以下方面予以设置：一是，扩大资格刑的适用对象，使其不仅适用于自然人犯罪，而且适用于单位犯罪；二是，灵活的运用资格刑的期限，分为终身剥夺、定期剥夺；三是，建立资格刑的减免制度、复权制度。

（一）自然人适用的食品安全犯罪资格刑之设想

1. 禁止从事生产、经营食品的权利

食品安全犯罪与罪犯所从事的职业息息相关，犯罪人是利用食品生产、经营行为或者在生产、经营的活动过程中进行危害食品安全的各种犯罪活动，如食品种植、养殖、运输、贮存、装卸等流通环节所进行的危害行为。这类案件屡见不鲜，如张北“毒菜”事件、河北香河韭菜事件，再如最近被曝光的麦当劳、肯德基等洋快餐的供应商供给过期臭肉等。从刑罚的有效性角度出发，对于实施生产、经营的行为人，实行黑名单制度，由工商管理机关制定和管理。对于情节较轻的危害食品安全犯罪，在处以刑罚的同时，给予警告一次，警告两次以上，剥夺其从事食品行业的资格。黑名单应当长期备案，及时更新，全国联网，公开可查。对于情节严重的犯罪，在处以刑罚的同时，直接剥夺其从事与食品相关的工作的资格。《刑法修正案（八）》中增设了禁止令的规定，即被判处管制，宣告缓刑的罪犯，可以根据犯罪情况，同时禁止其在执行期间、缓刑考验期间内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。这一规定为食品安全犯罪增设资格刑提供了重要的经验参考，即可以在食品安全犯罪中增设相应的资格刑，禁止罪犯从事特定的食品行业，而不仅仅限于对管制、缓刑的罪犯予以适用。

2. 剥夺担任生产、经营管理工作的权利

剥夺担任生产、经营管理工作的权利，主要是指禁止担任生产、经营食品企业的领导职务，主要侧重于管理工作。我国《食品安全法》第 92 规定，“被吊销食品生产、流通或者餐饮服务许可证的单位，其直接负责的主管人员自处罚决定作出之日起 5 年内不得从事食品生产经营管理工作。食品生产经营者聘

用不得从事食品生产经营管理工作的人员从事管理工作的，由原发证部门吊销许可证。”即我国对于危害食品安全行为也规定了具有资格刑性质的行政处罚，并对于生产、经营管理工作作出了专门的规制。由此可知，生产经营管理工作与一般的生产、加工、运输、贮存、装卸等工作相区别。不置可否，该条款在剥夺了违法主体在一定期限内从事食品管理工作的资格，具有一定的惩戒和预防危害食品安全行为的积极作用。但行政处罚不能作为预防食品安全犯罪的替代措施，应在刑法之中设置食品安全犯罪的资格刑，对食品生产、经营管理工作进行规制，以有效地实现刑罚的特殊预防之目的。

（二）单位适用的食品安全犯罪资格刑之设想

目前，我国刑法规定的对单位追究刑事责任的刑罚仅有罚金刑一种，针对单位犯罪日趋严重、涉及的范围日益扩大之趋势，单一的罚金刑惩罚单位犯罪已远远不够，有必要增设单位犯罪适用的资格刑。有针对性地增设食品安全犯罪资格刑，与罚金刑并科或选科适用，可以更好地惩治与预防单位食品安全犯罪。食品安全单位犯罪的资格刑内容具体规定如下：

1. 停业整改

停业整改，是指剥夺犯罪单位在一定期限内生产、经营食品行业权利的一部分或全部，根据其停业整改的情况，可以在法定期限届满之后恢复其营业的资格。这种刑罚适用于犯罪情节较轻，有望在一定期间内改过自新的食品生产、经营单位，针对犯罪单位的决策机构进行整改，消灭其犯罪意图，树立其守法经营的理念。“在停业整改期间，人民法院可以暂时收缴犯罪单位营业执照、合同专用章等证件，责令其进行整改，可联合食品安全有关部门进行监督检查，以达到改造与预防犯罪的目的。”[1] 停业整改的期限应以 6 个月以上 1 年以下为宜。

2. 剥夺或限制业务活动

剥夺或限制从事业务活动，是指在一定期限内，禁止犯罪单位从事食品生产、经营业务活动，剥夺或者限制食品安全犯罪单位从事食品相关业务活动的权利或范围。这种刑罚适用于利用生产经营业务活动进行犯罪的单位，通过禁止或取缔与犯罪行为有关的生产、经营业务活动，使犯罪单位丧失某方面的业务活动能力与自由，从而达到惩罚与预防犯罪的效果。具体而言，包括对犯罪单位经营范围的限制、经营规模的限制、活动区域的限制、业务对象的限制等。应当结合犯罪单位罪行的轻重、危害的大小，具体危害食品安全犯罪的性质是

---

〔1〕 吴平：“增设以单位犯罪为适用对象的资格刑刍议”，载《福建政法管理干部学院学报》2004年第1期。

否利用及利用何种业务（生产、销售、运输、贮存等）之便，以后继续经营有无可能继续利用其进行犯罪等，来决定是否适用剥夺或限制食品安全犯罪单位从事生产、经营食品的业务活动。剥夺或限制从业的期限的规定，可分为无期限制（永久性限制）和有期限制两种。有期限制可以借鉴意大利刑法之规定，“禁止从事某一职业或技艺的期限不得少于1个月，也不得超过5年，法律明文规定的情况除外”。针对我国的实践情况，限制从业的期限应以1年以上5年以下为宜。

3. 强制撤销

所谓强制撤销，亦称强制解散、刑事破产，是指强制撤销犯罪单位，消灭其犯罪的组织基础，是一种最为严厉的惩罚法人犯罪的刑罚。对犯罪单位适用该处罚方法会导致其主体资格的灭失，相当于自然人犯罪判处死刑。这种刑罚主要适用于那些严重违反了国家法律或危害社会公共利益，犯罪后果严重，或屡教不改的犯罪单位。[1]

（三）食品安全犯罪资格刑适用制度

对自然人犯危害食品安全罪，附加适用禁止食品生产、经营者从事生产、经营食品业务的资格刑，和对单位犯危害食品安全罪，附加适用强制撤销犯罪单位的资格刑，这两种处罚方法在适用时，会导致犯罪人丧失谋生能力、法人解散，并进而引发罪犯再就业，犯罪单位职工安置等一系列的问题，可能会出现不稳定的突发情况。禁止从事食品相关行业这必然影响到犯罪分子的切身利益，例如，有些人以从事食品加工行业为生，只有一技之长以谋生，如拉面师，对其采取禁业禁止，完全使其丧失谋生手段，不利于其生存与再社会化，有可能会制造新的社会矛盾，使其产生报复社会的思想。对犯罪单位处以强制解散必然会影响到职工的切身利益，还可能会对社会造成极大的影响，不利于构建和谐社会，但也不能因为保护某些职工的利益，而忽视甚至牺牲社会公众的利益。“民以食为天，食以安为先”，每个人要生存、生活，都离不开食品，对于犯罪单位，绝不能轻纵，不能以保护职工的利益为由而绑架司法，阻碍法律的实施，影响对犯罪行为的惩治，纵容犯罪行为。在处罚食品安全犯罪适用资格刑时，综合考虑各方面因素，应当做到“罪刑适应，罚当其罪”。为完善资格刑在食品安全犯罪中的适用，可以建立以下相关制度：

1. 资格刑的减免制度

我国《刑法》第57条第2款规定，“在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无

---

〔1〕 王洪青：《附加刑研究——经济刑法视角下的刑罚适用与改革路径》，上海社会科学院出版社2009年版，第237页。

期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限改为 3 年以上 10 年以下。”可见我国并未专门规定资格刑的减免制度，资格刑的减免也只是随主刑的减免而适用。立法应当对食品安全犯罪资格刑的减免作出相关的规定，犯罪人有积极改造或者立功表现时，其资格刑刑期也可得到适当缩短，这种减免的规定有利于提高改造效果，节约刑罚执行的成本，作为一种奖励刑罚，这将有利于犯罪人积极改造，回归社会。

2. 资格刑的复权制度

资格刑包括无期资格刑与有期资格刑，有期资格刑在期限届满时，理应恢复资格。所谓资格刑的复权制度，即恢复资格，指行为人从此之后享有原来具有但曾被剥夺的资格，但行为人因受资格刑之宣告而已经丧失的职务、有关的法律地位与权利则不可能恢复。如贪污罪行为人丧失公职，在所判处的期间内，行为人原来的公务资格已经丧失，而且在此期间内不能再担任其他公务员。如果被判处的期限届满，则恢复资格，即行为人从此又有权担任公职，但不意味着恢复犯罪前的公务员资格。资格刑的复权制度有利于调动资格刑犯改过自新，加速其回归社会的进程。在食品安全犯罪资格刑中建立复权制度，可使以生产、经营食品为生的罪犯重新获得谋生手段，消灭其再犯的意图，珍惜所恢复的资格，不再重操旧业，达到刑罚特殊预防的目的。

第八节

对食品安全犯罪主体配置资格刑的建议

陈武兵 [*]　　黄晓宁 [**]

资格刑是以剥夺犯罪人享有一定资格为内容的刑罚方法。资格刑作为刑罚体系中的一大板块，具有久远的历史渊源和广泛的立法基础。尤其近现代以来，随着世界刑罚由严酷向轻缓的发展，教育刑论、个别化原则及非刑罚化思潮的兴起，资格刑焕发出新的活力，在限制犯罪人的再犯能力，教育改造罪犯，辅佐犯罪人回归社会等方面发挥着积极作用，在刑罚体系中也愈来愈占重要的地位。但是，综观我国现行刑法，对资格刑的规定尚欠完整和科学，且在刑罚理论中也少有系统论及，使其受到不应有的冷落。这种状况的存在和延续已经远不能适应我国现阶段同严重危害社会治安和严重破坏市场经济秩序犯罪作斗争的客观需要。因此，有必要结合新时期的实际情况，借鉴国外刑事立法的合理因素，对食品安全犯罪主体配置一定的资格刑，以打击食品安全犯罪行为，强化资格刑的功能，不断完善我国的资格刑体系，以充分发挥其最佳功效。

一、资格刑的起源

资格刑是近代刑法理论的产物，但其内容却经历了漫长的蜕变与进化，从中国古代文献记载中的象刑、古罗马

---

* 西北政法大学教师。

** 西安市雁塔区人检察院检察官。

法中的名誉刑、中世纪的耻辱刑及至近现代刑法中的资格刑，都可显现出资格刑的历史发展轨迹。

中国刑法学家在谈到资格刑的起源的时候，往往会追溯到中国古代的象刑。象刑最早出诸《尚书舜典》："象以典刑。"关于何谓象刑，历来众说纷纭。《周礼》司圜疏引孝经纬云："画象者上罪，墨冢赭衣杂履。"《白虎通》则云："犯墨者蒙巾，犯劓者以赭著其衣，犯膑者以墨蒙其髌，象而画之，犯宫者扉，犯大辟者布衣无领。"上述文献对象刑的解释虽然有所不同，但都认为象刑是一种象征性的刑罚，即采取区别犯罪者衣服、冠饰色泽的方法，使见者知其受之刑罚，以资警戒。此外，象刑还被解释为画象以示刑（在器物上刻画五种肉刑）和具有法的含义。可以说，资格刑最早源于名誉刑。古代万民重礼誉，在此背景下毁损犯罪人的名誉，暴露犯罪人的丑陋无疑是一种重惩。统治阶级有此认识，将毁损犯人名誉，减损犯人人格作为一种附属手段，与死刑、肉刑等配合适用，一方面以惩罚罪犯，一方面以示儆百姓。我国古代的"有虞氏之时，书衣冠，异章服以为谬而民鲜犯"，以及后世对犯罪官吏"夺爵"、"削爵"、"免官"、"除名"之类的规定，反映的正是此种情况。

在罗马法中，凡享有权利能力的人就具有法律上的人格，名誉的好坏直接关系到权利的有无。名誉健全，则享有各种公权和私权；名誉消灭，则丧失各种权利；名誉减损，则权利的行使受到限制。按罗马法规定，受名誉减损处分的情况有三：一是，不能作证。即丧失作证和他人为之作证的资格。二是，丧廉耻。即丧失选举权、被选举权和服兵役的权利，除为家庭和恩主外，不得代他人进行诉讼，亦不得请他人代自己进行诉讼。三是，污名。有污名的人不应委托其担任那些需要诚实、信用品质的职责，不得被指定为监护人或充当证人。需要指出的是，罗马法减损名誉的处分，虽然有的是对犯罪人所适用的，但从本质上来说，只是一种民事上的处罚方法，还不是一种纯粹的刑罚方法，只是后世资格刑的胚胎，对资格刑的形成具有一定的影响。

及至近代，资格刑才正式出现，但在立法上仍沿用名誉刑的概念。如1810年《法国刑法典》第1条明确将名誉刑与惩治刑、身体刑相提并论，作为对重罪适用的一种刑罚方法。继1810年《法国刑法典》之后，对资格刑立法的发展具有重大意义的是1871年《德国刑法典》。《德国刑法典》规定了公权剥夺这一刑罚，实系资格刑。公权剥夺的内容可分为两部分：一是对过去取得权利的剥夺。《德国刑法典》第33条规定："受公权剥夺之宣告时，终身丧失因公权而得之权利、官职、爵位、尊称、勋章、奖章。"二是对将来取得名誉的能力的剥夺。《德国刑法典》第34条规定："公权剥夺，前条处于其判决所定之期间内，丧失下列能力。其一，佩用国之徽章之能力；其二，就位于德意志军队及帝国

海军之能力；其三，受官职、爵位、尊称、勋章、奖章之能力；其四，关于公共之事务为决议、为选举、与被选举及其他行使政权之能力；其五，于证书作成之际为证人之能力；其六，为监护人、监督监护人、保佐人、母之辅助人、亲族会员，以及财产管理人之能力。”《德国刑法典》把剥夺权利与剥夺能力合为一体，前者针对已然，后者指向未然，逻辑严谨。

二、我国刑法中资格刑的现状

目前法学界对我国刑法中有哪些属于资格刑的范畴存在不同看法，但不论怎样，考察刑法中的资格刑的范围，其标准不外乎两条：一是广义的刑法，而非狭义的刑法。所谓广义的刑法，即一切刑法规范的总体，包括刑法典、单行刑事法律、非刑事法律中的刑法规范；二是必须具有资格刑的本质属性。符合这两条标准的就应当把它纳入我国刑法中的资格刑范围。依据这两条标准，我国刑法中的资格刑应包括下列几种：

1. 剥夺政治权利

在我国刑法中，剥夺政治权利是指剥夺犯罪人参加管理政治活动的权利的刑罚方法，根据我国刑法规定，剥夺政治权利既可附加适用，又可独立适用，必须注意的是这里的犯罪人是相对于中国公民而言的，不适用于外国公民。

2. 驱逐出境

在我国刑法中，驱逐出境是强迫犯罪的外国人离开中国国（边）境的刑罚方法，它只能对犯罪的外国人适用，不具有普遍适用的性质，因而没有列入一般刑种之内。但驱逐出境作为资格刑范畴理解，早在1810年《法国刑法典》中就有规定，如该法典第8条把“驱逐出境”作为名誉刑之一进行规定。对犯罪人一定的资格的剥夺是资格刑的本质属性，驱逐出境剥夺的正是外国人在中国居留的资格。因此，外国人在中国犯罪，被判处驱逐出境，正是对其在中国的居留资格的剥夺，是一种资格刑。

3. 剥夺荣誉称号

我国刑法并无剥夺勋章、奖章和荣誉称号的规定。1981年6月10日由第五届全国人民代表大会常务委员会第19次会议通过，1982年1月1日起施行的《惩治军人违反职责罪暂行条例》明确规定了剥夺勋章、奖章和荣誉称号这种刑罚。该条例第24条规定：“对于危害重大的犯罪军人，可以附加剥夺勋章、奖章和荣誉称号。”该条例属于单行刑事法律，剥夺勋章、奖章和荣誉称号是以剥夺犯罪军人的荣誉权为内容，故应属资格刑，但由于新刑法没有规定剥夺勋章、奖章和荣誉称号这种刑罚，根据新刑法附加说明，《惩治军人违反职责罪暂行条例》即予以废除。由此可以判断：剥夺勋章、奖章和荣誉称号作为一种刑罚在

刑法中已不复存在。

4. 剥夺军衔

剥夺军衔作为对犯罪的军官适用的资格刑曾在1955年的《中国人民解放军军官服役条例》中规定，以后几经波折。根据现在的《中国人民解放军军官军衔条例》第28条规定："军官犯罪，被依法判处剥夺政治权利或三年以上有期徒刑的，由法院判决剥夺其军衔"。由此可见，剥夺军衔应是一种独立的资格刑。

三、我国刑法中资格刑存在的问题

前述我国刑法中主要的资格刑，其中后三种资格刑只适用于特定的对象，唯有刑法典中的剥夺政治权利为普遍适用。我国现行法律对资格刑的上述规定，不仅未形成一个有机的整体，而且呈现出零乱混杂之状，在一定程度上淡化了资格刑在刑罚体系中的地位和作用，引发了资格刑在适用上的一系列问题，影响了资格刑功效的发挥。主要表现在：

1. 内容不够科学

现行的资格刑中，最主要的是剥夺政治权利，它在新中国成立以后相当长的一段时间内被作为一种专政措施，适用于专政对象，在打击敌人、惩治犯罪、保护人民和促进现代化建设方面发挥了积极的作用，但限于刑法制定的客观历史条件，这一刑种具有浓厚的政治色彩。随着改革开放的不断深入，我国社会的政治、经济形势和犯罪结构的变化，不能适应新时期惩治犯罪的需要。

2. 资格刑的适用范围过于狭窄

人可以利用的资格是广泛的，除政治方面的资格以外，还有生产经营权、财务管理权、行医权、从事教育权、驾驶机动车（船）权、居留权等，因而资格刑所可以剥夺的资格也是广泛的。由此，资格刑发挥作用的范围不应仅仅局限于政治权利上。反过来，剥夺政治权利的资格刑在很大程度上是阶级斗争的工具，已经失去了作为刑罚的本来的底蕴，而且作为资格刑的性质不应当从其政治意义着眼，而应当从其法律意义着眼。

3. 适用条件有待进一步明确

刑法虽然对资格刑的适用条件有了一定的明确，但事实上这种明确仍然是杯水车薪。例如，《刑法》第56条规定："对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。"在这里法律以"等"字表明了还有很多犯罪行为未被列入其中。再如，剥夺军衔、驱逐出境等具体运用在哪些方面刑法也只能大致概括一下，并不能详细表述。

四、对食品安全犯罪主体配置资格刑的必要性

在2014年3月29日国家食药监管总局和公安部联合召开的新闻发布会上，国家食药监管总局新闻发言人颜江瑛介绍，在当前我国经济社会发展所处的特定阶段，受违法犯罪的暴利驱使，滋生食品安全违法犯罪的因素短时间内还难以消除，特别是随着近年来食品药品监管部门和公安机关持续不断地打击，食品、药品安全违法犯罪出现了一些新情况、新特点、新动向。主要表现在：一是长链条跨区域案件明显增多。从原料的生产、销售到有毒、有害食品和假劣药品的生产、加工、运输、销售各环节，由作坊式生产向跨区域化、集团化、规模化生产发展，制售网络遍及城乡各地，各环节异地分散，发现查证成本高。二是利用互联网进行食品、药品违法犯罪呈上升势头。随着物流行业、互联网的日益发达，网上销售假劣食品、药品犯罪明显增多，扩散性、欺骗性更强，消费者更容易受骗。三是犯罪手法升级，活动愈加隐蔽。如制售、使用瘦肉精犯罪，以在饲料中添加瘦肉精为主要手段的“瘦肉精”犯罪生产源头基本被打掉，主要销售网络基本被摧毁后，犯罪分子变换手法，又先后出现在屠宰环节给生猪注射瘦肉精，在兽药中添加瘦肉精等违法犯罪现象，发现查处难度加大。一些传统重点领域犯罪根治难度大、多反复、易反弹，食品、药品安全违法犯罪仍多发、易发，治理难度加大。

目前，我国刑法的资格刑有剥夺政治权利和驱逐出境，驱逐出境适用于外国人，而剥夺政治权利主要用于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子。虽然根据刑法条文的规定，严重破坏社会秩序的犯罪分子也可以适用剥夺政治权利，但是剥夺政治权利是一种政治色彩浓厚的资格刑，其目的在于防止公民对政治权利的滥用。而危害食品安全的犯罪分子，其犯罪的主要目的在于追求经济利益，剥夺其政治权利，难以对犯罪分子产生影响，尤其是对于非国有经济经营者而言，有无政治权利，对他们而言都基本不重要，因而剥夺政治权利的适用对其起不到特殊预防和一般预防的目的。

贝卡利亚说：“只要刑罚的恶果大于犯罪所带来的好处，刑罚就可以收到它的效果。这种大于好处的恶果中应该包含的，一是刑罚的坚定性，二是犯罪既得利益的丧失。”对于谋取非法经济利益的食品安全犯罪来说，经济利益的丧失是对其最有效的惩罚措施，这种利益不仅仅包括既得利益，还应当包括未来获得该利益的可能性即限制其从事相关牟利行业。

“民以食为天”，食品安全问题已经成为我国现代化进程中突出的问题，严重影响了社会的稳定，当然，我国食品安全问题不是一蹴而就的，也不是仅仅靠刑法这一个部门法就可以完全遏制的。但对食品安全犯罪主体配置一定的资

格刑，从而通过限制或剥夺某些权利或资格，预防犯罪人再次犯罪，体现了刑罚的特殊预防功能，可为学者和社会对食品安全问题的研究提供一些思路，有其必要性。

禁止从事某一行业或职业的资格刑，对食品安全犯罪的犯罪分子处以该资格刑的意义就在于使其丧失牟利的手段，剥夺了其再犯的可能性，从而达到预防犯罪的目的。对于资格刑的适用，国外已经有了成熟的经验，并取得了良好的效果，例如，《意大利刑法典》第 30 条规定："禁止从事某一职业或技艺使被判刑人丧失在禁止期间从事要求具备特别许可、特别资格、主管机关批准或准许的职业、技艺、产业、贸易或手艺的权能，并且意味上述许可、资格、批准或准许的失效。"《俄罗斯联邦刑法典》第 47 条规定了剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利，该条第 1 款规定："剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利是禁止担任国家公职或在地方自治机关中任职，或者从事某种职业活动或其他活动"。该条第 3 款规定，刑法分则未将该资格刑作为相关犯罪的刑罚时，法院可以根据犯罪社会危害性的性质和程度以及犯罪人身份，自由裁量是否附加适用该资格刑。我们可以借鉴国外的经验，合理设置我国禁止从事某一行业或职业的资格刑。

上述资格刑同样适用于单位实施食品安全犯罪。从以往的案例，我们看到在食品安全犯罪中，很多是单位犯罪，而且单位犯罪的影响也远远大于个体犯罪。因此，加大对单位的处罚力度也是遏制食品安全犯罪的必要手段之一。而我国刑法对单位犯相关罪的处罚，仅规定为对单位判处罚金，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法追究刑事责任，显然这样的刑罚不足以对单位犯罪进行有效的预防，实践中对单位的罚金数额往往不能够对单位起到根本的震慑作用。这些企业仍然能从事相关行业并赚取高额利润，曾经受到的处罚对其并无实质影响，对这些企业而言，与其高额的利润相比，这样的风险是微不足道的，这显然达不到预防再犯罪的目的。因此，对实施了相关犯罪的单位，也应适用在一定时间内或长期禁止从事某一职业的资格刑。另外，还可根据犯罪性质和情节，对企业适用强制解散或破产、禁止进行与经营行为有关的活动等刑罚。国外也有相关的立法例，如在法国，资格刑广泛适用于法人，包括对法人予以解散，禁止直接或间接从事一种或几种职业性或社会性活动，排除参与公共工程，禁止公开募集资金、签发支票以及使用信用卡付款等等。

根据《刑法修正案（八）》的规定，对于判处管制和宣告缓刑的罪犯，人民法院可以"同时禁止罪犯在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人"。《刑法修正案（八）》对我国非监禁刑制度进行了重大调整，其中禁止令是非常值得关注的制度，是对广义资格刑制度的有限创新。

2013 年 5 月 4 日起施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）中针对食品安全犯罪的两个基本罪名：生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪作出了详细司法解释。《解释》的出台，为确保打击食品安全犯罪的效果和提高司法效率提供了标准和程序上的立法指导。

我们可以借鉴国外的经验，例如，《意大利刑法典》和《俄罗斯联邦刑法典》在总则中设置禁止食品安全犯罪主体从事某一行业或职业的资格刑或暂在生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪两个食品安全犯罪的基本罪名中设置一定的资格刑，以打击具有较大扩散性和非法逐利特征的食品安全犯罪行为。

第三章

食品安全犯罪的预防

第一节

基于TRIZ理论的餐饮服务业创新研究

张炜达 *　　舒洪水 **

一、引　言

近年来，作为传统服务行业的餐饮业发展迅速。据国家统计局2012年国民经济和社会发展统计公报显示，2012年餐饮收入额23 448亿元，较之2011年增长了13.6%，连续第二年超过2万亿元（见表1）。

表1　2010~2012年餐饮收入额及增长率

年份	2010	2011	2012
餐饮收入额（亿元）	17 648	20 635	23 448
较上一年增长率（%）	18.1%	16.9%	13.6%

在餐饮行业表面繁荣下，一些问题也值得关注。首先，从表1可以看到，2010年餐饮收入额较2009年增长了18.1%，2011年同比降低了1.2个百分点，2012年同比降低则达到了3.3个百分点。数据显示，在餐饮收入额不断攀升的同时，其增长率呈逐年下降的趋势。这表明餐饮行业受市场竞争和通货膨胀的影响导致发展的延滞性。其次，

* 西北大学法学院教授。

** 西北政法大学教授，法学博士。

由于当前食品安全的突出矛盾尚未根本解决，“政府失灵”、“机会主义行为”盛行，“道德危机”四伏，食品安全事件仍屡有发生，就连品牌形象不错的肯德基、味千、俏江南、海底捞、吉野家等知名餐饮企业也未能独善其身，[1] 公众怨声载道，许多餐饮行业品牌形象受损，制约了行业发展。最后，由于作为服务性行业的餐饮业具有单次性、信任性、差异性、当面性等特点，所以，不同受众的需求、服务质量的高低、服务态度的好坏、服务信息的公开透明与否等都对餐饮业的服务品质有着直接或间接的影响。餐饮行业要持续健康发展，有力的政策支持、良好的外部环境、规范的内部营运必不可少，其中，创新服务理念和管理方式可以达到事半功倍的效果。本文运用 TRIZ 冲突矛盾理论及其工具探求餐饮行业服务策略，在餐饮行业服务管理中寻求矛盾问题的最优解。

二、TRIZ 理论认识

（一）TRIZ 理论的传播与影响

1946 年，苏联海军专利调查员根里奇·阿奇舒勒创立了“发明问题解决理论”——TRIZ。阿奇舒勒研究发现，即使是最伟大的发明创造大部分都是任意的或是筋疲力尽后的结果，要改变而不要限制，创造性思维就是一种令人难以置信的革命工具。阿奇舒勒和他的研究团队对 250 万项发明专利进行分析，寻求技术发展和进化的规律，归纳出解决矛盾的创新原理和运用法则，最终构建出了集原理、方法、算法为一体的解决技术创新问题的 TRIZ 理论。TRIZ 是一种系统化的方法，其理论体系的目的在于深入系统地揭示创新活动的规律及其原理。在冷战时期，苏联凭借 TRIZ 创新理论和实践，保持了与以美国为首的北约军事力量的抗衡。苏联解体后，一些 TRIZ 专家离开苏联来到西方国家，一直对西方保持高度机密的 TRIZ 的神秘面纱被揭开，并迅速得到广泛的研究与应用。现在，全世界众多知名企业和研发机构应用 TRIZ 理论创造出高水平发明，取得了显著的经济和社会效益。20 世纪 80 年代中期，国内一些科技研发人员在研究专利的过程中开始对 TRIZ 理论有了初步的了解，有些高校将 TRIZ 知识作为一门选修课开设。TRIZ 理论开始在中国快速推广和应用始于 21 世纪初，尤其是作为高新技术企业的亿维讯公司从 2001 年开始致力于建立研发基地，开发 TRIZ 理论培训软件，与国际 TRIZ 协会合作，翻译资助出版 TRIZ 教材，为国内企业创新技术水平的提升创造条件，提供技术支持。此外，国内一些大学和研究所

---

[1] 媒体曝光了肯德基用豆浆粉冲兑冒充醇豆浆，味千拉面兑制骨汤，俏江南用死鱼冒充活鱼加工，海底捞勾兑白味汤锅，吉野家消毒不规范等问题。

通过 TRIZ 理论的运用也取得了不错的成绩。[1]

（二）TRIZ 理论的内容和方法

TRIZ 理论主要包含了以下几方面的内容：创新思维方法与问题分析方法；技术系统进化法则；技术矛盾解决原理；创新问题标准解法等。由 TRIZ 理论的内容演绎出解决创新问题的工具与方法，如矛盾矩阵分析、40 项发明原则、物质—场分析与 76 个标准解、最终理想解（IFR）、解决发明问题演绎法 ARIZ 等。其中，解决创新问题的热门工具是矛盾矩阵和 40 项发明原则，本文将运用此热门工具进行研究。

在创新方法上，传统的试错法效率低下、浪费严重，而曾备受推崇的头脑风暴法未能解决传统试错法效率低下的问题，且由于仅适用于广告新形式的创立、产品新用途的寻找等非技术问题，在面对复杂产品和现代发明难题时常常就力不从心了。同时，对于研发中所面临的一个产品或工程特性改善却致使另一个产品或工程特性恶化的局面，妥协与取舍往往是传统处理方式的优选。现在，可以运用 TRIZ 理论和方法来解决传统方法“顾此失彼”的问题。TRIZ 是利用消除的方法，通过最少的外部资源的介入对创新过程中遇到的矛盾进行消解和去除，使系统的发展趋向理想状态。TRIZ 创新过程可以分为以下步骤：问题定义—工具选择—问题解决—最后评估（见图 1）。

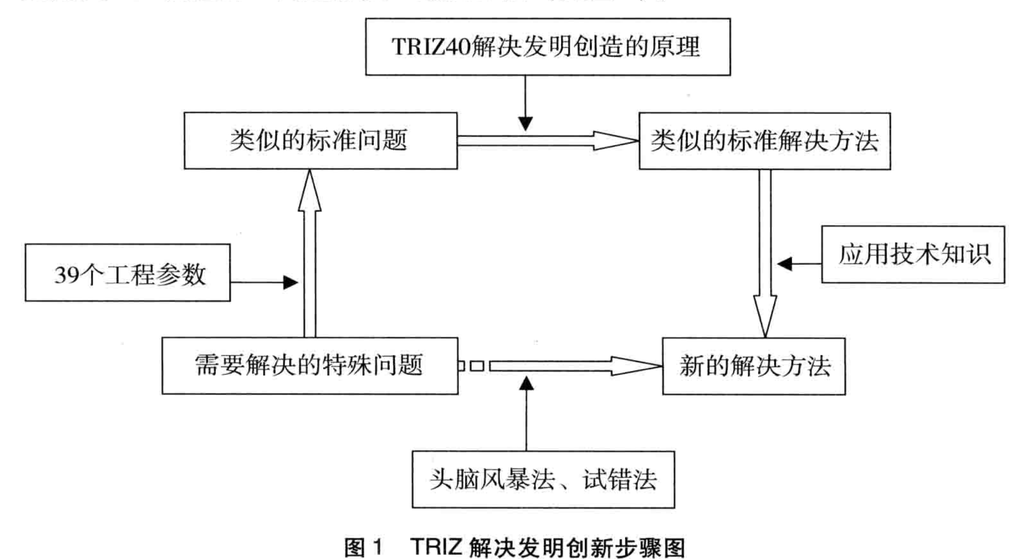


图 1　TRIZ 解决发明创新步骤图

---

〔1〕 王伯鲁：“萃思学（TRIZ）及其推广应用问题探析”，载《科技进步与对策》2009 年第 18 期。

依此步骤图，首先对解决发明创新问题进行明确的定义，其次将解决发明创新的问题转化成类似的标准问题，随后形成类似的标准解决方法，最后结合应用技术知识寻求新的解决方法。

阿奇舒勒分析归纳了39项经常遇到技术矛盾的工程参数（见表2）。利用矛盾矩阵分析法，将39个工程参数按纵横两向逐一排列，纵向代表欲改善的参数，横向代表避免恶化的参数（见表3）。矩阵方格共1521个，其中有数字的方格1263个，没有数字的方格258个。方格中的数字表示建议使用由阿奇舒勒从专利中归纳出的40项创新发明原则（见表4）的编号。

表2　TRIZ 39项工程参数

序号	参数	序号	参数
1	移动物体重量	21	功率
2	固定物体重量	22	能源耗费
3	移动物体长度	23	物质耗费
4	固定物体长度	24	资讯遗漏
5	移动物体面积	25	时间耗费
6	固定物体面积	26	物质数量
7	移动物体体积	27	可靠度
8	固定物体体积	28	量测准确度
9	速度	29	制造准确度
10	力	30	外部有害因子作用于系统
11	张力/压力	31	系统于外部的有害作用
12	形状	32	易制造性
13	物体的稳定性	33	使用方便性
14	强度	34	可修复性
15	移动物体耐久性	35	适应性
16	固定物体耐久性	36	装置复杂性
17	温度	37	控制复杂性

续表

序号	参数	序号	参数
18	亮度	38	自动化程度
19	移动物体消耗的能量	39	生产力
20	固定物体消耗的能量		

表3　TRIZ 矛盾矩阵表（简）

避免恶化的参数 欲改善的参数	1. 移动物体重量	2. 固定物体重量	3. 移动物体长度	…	39. 生产力
1. 移动物体重量	N/A	3，19，35，40，1，26，2	17，15，8，35，34，28，29，40	…	35，24，10，28，12，1，37，3，16
2. 固定物体重量	35，3，40，2，31，1，26	N/A	17，4，30，35，3，5	…	28，35，15，4，29，1，3，19，25
3. 移动物体长度	31，4，17，15，34，8，29，30，1	1，2，17，15，30，4，5	N/A	…	17，4，14，28，1，29，25，3，5
…	…	…	…	N/A	…
39. 生产力	35，26，24，8，13，2，37，30，31	35，13，28，27，1，8，3，15	17，4，18，35，28，14，38	…	N/A

表4　TRIZ 理论 40 项创新发明原则

序号	名称	原则
1	分割/分隔	将物体划分为独立的零件；做成组合式的物体；增加物体分割的程度
2	抽取/萃取	从一个物体中抽取出不好的零件或属性；仅抽取出需要的零件或属性
3	局部特性	一个物体由相同成分组成的结构转变成由不同成分组成的结构；具有不同零件的物体可实现不同的功能；将物体各零件置于最适合操作的状况下

续表

序号	名称	原则
4	不对称/非对称	用不对称形状的物体代替对称形状的物体；对已经不对称的物体增加其不对称的程度
5	结合/合并	同质的物体或产生连续作业的物体在空间上加以结合；同质的物体或产生连续作业的物体在时间上加以结合
6	多面性/普遍性	具备多功能的物体可以消除对其他问题的需求
7	巢状结构/嵌套	物体内可放置其他物体；一个物体可以穿过另一个物体
8	反重力/平衡力	为了补偿物体的重量可以连接另一个具有举升力的物体；为了补偿物体的重量可以和环境提供的空气动力或水平力互动
9	预先的反作用	在需要的时候事先考虑反作用；如果物体必须要有张力，事先加以反张力
10	预先动作	事先完成全部或部分动作；让物体行动起来使其不会在等待中浪费时间
11	事先缓冲/预先应急	事先采取对策去补偿低可靠性的物体
12	等位性	改变工作的状况使物体不需要被举起或降低
13	反转/倒转	执行相反的动作而不被固有的行动所左右
14	增加曲度/球状化	以曲线取代线性零件或平面；球体取代立方体；使用滚筒、球、螺旋；利用离心力，以旋转运动取代线性运动
15	动态化	为了在作业的各个阶段使物体的特性和外界环境达到最佳性能而自动进行调整；将物体分成元素以使各元素间的位置能被改变；使无法移动的物体可以移动
16	过与不及的动作/局部或过度的动作	如果无法获得100%的效果，多做一点或少做一点可以大大简化问题
17	改变新维度/移到新的次元	以多层组合代替单层；倾斜物体；投射影响到邻近区或该物体的另一侧

续表

序号	名称	原则
18	机械振动	使物体振动；对已振动的物体增加频率；利用共振频率；使用压力振动取代机械振动；运用电磁场与超声波振动连接
19	周期性动作	以周期性动作取代连续动作；对已经是周期性动作改变其频率
20	连续的有用动作/有效动作的连续性	不间断的完成一个动作；一个物体的所有零件应全力作业；剔除无益或中间的动作
21	快速作用/急速通过	在高速下完成有害或危险的动作
22	转害处为益处	利用环境上的有害因素或效能获得一个正面的效应；加上另一有害因素以剔除原有有害因素；增加有害动作的量直到其停止产生伤害
23	回馈	采用回馈；回馈如果已经存在则将其反转
24	中介物/媒介物	利用一个中间物体去转换或完成一个动作；暂时将一个物体和另一个物体连接在一起以方便将其移除
25	自助	使物体能自己完成补充和修护作业；使材料和能源没有浪费
26	复制	用简单便宜的复制品取代复杂昂贵的物体来操作；以红外线或紫外线复制取代可见光
27	廉价替代品	以便宜寿命短的物体取代昂贵持久的物体
28	取代机械系统/更换机械系统	以视觉、听觉、嗅觉系统取代机械系统；以电场、磁场、电磁场使物体相互影响；更换范畴（不动场和移动场、固定趋向及时改变、从随意到结构化）
29	气液式结构/运用气动或水力的构造	以气体或液体取代一个物体的固体零件
30	弹性膜或薄膜	以弹性膜或薄膜更换原来的构造；以纯净的薄膜将物体和外界环境隔离
31	多孔材料	使物体多孔化；使用附加多孔原件的物体；预先填充有许多孔的物体

续表

序号	名称	原则
32	改变颜色	改变一个物体或其周围事物的颜色和透明度；不易看到的物体或过程可以使用颜色添加剂去观察；如果添加剂已经被使用则可以运用发光追踪元素
33	同质化	使物体的相互作用来自于相同材料或近似材料
34	丢弃与复原/抛弃及再生零件	抛弃或修正功能已达成或无用的物体；直接复原已经耗尽的零件或物体
35	特性的转换	改变物体各种状态、密度、浓度、弹性、温度等
36	相的转变	在物质的相的转变过程中实现一个有效的成长
37	热膨胀	利用热使材料膨胀或收缩
38	使用强氧化剂	用加浓空气取代正常空气；用氧气取代加浓空气；在空气或氧气中进行离子化；使用氧离子
39	惰性环境/非活性环境	以非活性环境取代正常环境
40	复合材料/合成材料	以合成（复合）材料取代同质材料

三、TRIZ 应用领域的扩展

TRIZ 理论起初主要应用于工程研究领域，一些学者从产品设计创新（D. Fitzgerald ，2010）、材料创新应用（D. Mann，2009）、系统阀门行程研究（B. Zlotin et al，2008）、电信产品设计（P. Kappoth，2007）、自动对焦镜头模组（H. Jung，2006）、物质场分析（K. W. Lee，2005）、技术创新（G. Schuh et al，2004）等方面进行探讨。由于 TRIZ 理论应用于工程领域所产生的显著效果，在非技术领域应用 TRIZ 理论的情况越来越多。阿奇舒勒也意识到 TRIZ 理论可以建立在人类任何活动领域中，并在其讲话、著作中有所论及。目前，许多学者开始关注 TRIZ 理论在非技术领域中的应用，涉及战略应用（K. Yang，2010）、物流技术应用（D. Kucharavy et al，2009）、医学应用（KRD Pravin et al，2007）、商务英语学习应用（M. Jaiswal et al，2006）、知识库应用（T. Nakagawa，2004）、金融财务应用（S. Dourson，2004）、教育应用（D. G. Marsh et al，2004）、公共卫生应用（I. Belski et al，2003）、品质管理应用（G. Retseptor，

2003）、厨房安全应用（G. Rawlinson，2001）、食品技术应用（J. C. Oliveira et al，2001）等。[1]

具体到商业服务管理领域，一些学者也开始研究和思考 TRIZ 理论和方法适用的必要性和可行性。如 Ruchti and Livotov（2001）认为，在当前竞争激烈的商业环境下，管理者要想"运筹帷幄"、"统筹兼顾"，及时决策又不失决策的效果，TRIZ 理论和方法则提供了思路和程序。在借鉴相关研究成果的基础上，归纳出 12 条商业服务管理中矛盾冲突消除的创新原则。Saliminamin and Nezafati（2003）利用 Cochran's test 等方法将 TRIZ 理论 40 项创新发明原则转变成社会性原则，使之应用于商业活动中。Mann（2002）通过对企业市场环境的分析，认为生产流程是一个系统，挑选了 31 项参数构建出商业矛盾矩阵并提出解决商业矛盾冲突的 40 项创新原则。[2] Zhang et al.（2003，2005）结合实例，基于服务特质和服务部门的需求对 40 项创新原则的适用方法加以修善，以寻求解决服务冲突的路径。Retseptor（2003，2007）将 TRIZ 理论 40 项创新发明原则实际应用于商业服务领域，研究在每一项创新原则下如何使顾客的满意度得以提升。白涤清、陈巧青（2004）以旅游服务业为例，通过访谈、问卷调查和分析测试，适配出与 TRIZ39 项工程参数趋于一致的影响顾客满意的 21 项服务属性，并套取原有 TRIZ 矛盾矩阵表格中相应数字构建出适合旅游服务业特性的矛盾矩阵。[3] 唐智慧等（2009）[4] 认为将企业知识管理与 TRIZ 方法进行整合，有助于创新企业自身环境，提高企业创新能力。易加斌、董丛文（2009）[5] 认为 TRIZ 理论和方法为企业管理问题的解决和管理创新提供了有效模式，并基于 TRIZ 的企业管理创新理论与方法体系设计出管理创新矛盾矩阵及管理创新原理、标准解和效果库。王宏起、林艳（2010）[6] 根据 TRIZ 理论的特点，从三个方面论证和阐释了 TRIZ 理论对企业自主创新的原理和作用。

---

〔1〕 翁国星：《应用 TRIZ 于企业营运策略之评估研究》，台北科技大学 2012 年学位论文。

〔2〕 张嘉琪等：《TRIZ40 发明原则应用于观光地区规划之探讨》，岭东科技大学 2010 学位论文。

〔3〕 张旭华，吕镔洧："运用 TRIZ - based 方法于创新服务质量之设计——以保险业为例"，载《品质学报》2009 年第 3 期。

〔4〕 唐智慧等："基于知识管理与 TRIZ 方法的企业创新力挖掘"，载《科技管理研究》2009 年第 9 期。

〔5〕 易加斌、董丛文："基于 TRIZ 理论与方法的管理创新研究框架分析"，载《学术交流》2009 年第 7 期。

〔6〕 王宏起、林艳："基于 TRIZ 理论的高新技术企业创新原理研究"，载《科技进步与对策》2010 年第 9 期。

四、基于 TRIZ 的餐饮服务业之发展

（一）餐饮服务参数的建立

建立餐饮行业服务参数，借鉴白涤清、陈巧青（2004）[1] 基于 Cochran's test[2] 测算以旅游服务业为实证对象所归纳出的 21 项服务属性（见表 5）。

表 5　21 项服务属性与原始 TRIZ 属性对照表

序号	原始 TRIZ 编号	原始 TRIZ 属性	21 项服务属性	说明
1	9	速度	回应性	服务传递的速度和及时性
2	10	力	供给受限的程度	供给面的产能不足以提供过多的需求
3	11	张力/压力	需求随时间变动的程度	需求的变动数量和变化程度
4	12	形状	外观的轮廓	产品的感官特色
5	13	物体的稳定性	功能性	服务设备与商品的产品品质或使用目的的适合性与可服务性
6	14	强度	专业能力	拥有提供服务所具备的技能与专业知识
7	15	移动物体耐久性	耐久性	实体商品的生命周期
8	17	温度	气氛	顾客只能模糊感受到的心理利益
9	18	亮度	环境品质	服务环境与设施的舒适及整洁
10	19	移动物体消耗的能量	劳动密集程度	劳力成本与资本的比率

〔1〕 白涤清、陈巧青："运用 TRIZ 创新原则探讨旅行业服务属性与矛盾现象之研究"，载《第二届创新与创造力研讨会论文集》，第 1110～1121 页。

〔2〕 白涤清、陈巧青："运用 TRIZ 创新原则探讨旅行业服务属性与矛盾现象之研究"，载《第二届创新与创造力研讨会论文集》，第 1110～1121 页。

续表

序号	原始 TRIZ 编号	原始 TRIZ 属性	21 项服务属性	说明
11	21	功率	付出的努力	可看见为解决顾客问题所做的努力
12	23	物质耗费	易逝性	服务因无法储存，一旦未使用就会永远消失
13	25	时间耗费	等待时间	等待接受服务所花时间
14	27	可靠度	可靠性	绩效表现与可信任性的一致性
15	28	量测准确度	沟通	服务提供者了解、沟通、倾听顾客的能力
16	29	制造准确度	确实性	可信赖和诚实并维护顾客的利益
17	30	外部有害因子作用于系统	互动与个性化程度	顾客参与程度和个性定制化程度
18	32	易制造性	容易使用	网站能让顾客容易处理在网际空间中处理内外部及网站内的搜寻
19	34	可修复性	服务能力	修理的速度、能力和容易程度
20	35	适应性	弹性	服务提供者为适应顾客需求和提高个性化程度而修改服务内容或产品特质的能力与意愿
21	39	生产力	绩效表现	实体商品的主要功能特性

当下，餐饮市场日益繁荣，餐饮服务经营理念正在发生变化，餐饮行业更多关注消费需求，强调产品服务的创新。基于餐饮服务市场的性质和要求，与上述 21 项服务属性进行匹配，萃取出 13 项餐饮服务参数（见表 6）。以下简要说明之：

（1）服务效率：服务效率表明了服务资源的投入和服务效果的产出之间的比值关系。餐饮服务效率的高低影响着服务资源的利用及服务能力的预支，也是顾客感受服务效果的依据。服务效率高，相应速度快，TRIZ 属性中的“速度”所对应的服务属性“回应性”据此相匹配。

（2）食品外观特色：包装精美、造型新颖奇特的食品往往能够吸引顾客的眼球，刺激其消费的欲望。TRIZ 属性中的“形状”所对应的服务属性“外观的轮廓”据此相匹配。

（3）服务的内在品质：服务的内在品质是顾客对服务整体期望与实际接受服务感受间的差距，是一种比较后的感知和评价。餐饮服务的内在品质影响着顾客的满意度和对接受服务的忠诚度。TRIZ 属性中的“物体的稳定性”所对应的服务属性“功能性”据此相匹配。

（4）服务专业技能：餐饮服务行业及工作人员应精通相关业务技巧与能力，以适应不同顾客对服务的需求。TRIZ 属性中的“强度”所对应的服务属性“专业能力”据此相匹配。

（5）服务环境：舒适温馨、情调高雅、布局合理的餐饮环境能更好地满足顾客的感性需求。TRIZ 属性中的“亮度”所对应的服务属性“环境品质”据此相匹配。

（6）服务态度：顾客常常会在选择和接受服务时提出问题，此时服务人员是否努力地解答和解决顾客的问题体现了服务态度的好坏。TRIZ 属性中的“功率”所对应的服务属性“付出的努力”据此相匹配。

（7）服务时间：顾客就餐多不愿等待太多的时间，即使一些餐饮服务行业对等待服务的顾客给予解释或提供其他附加服务来消遣时间，毕竟顾客主要是来“填肚子”的。等待时间越久，顾客就会越不耐烦。TRIZ 属性中的“时间耗费”所对应的服务属性“等待时间”据此相匹配。

（8）服务的可靠度：以概率度量餐饮服务内容的安全性、水平的可信任性、品质的持久性时，意为服务的可靠度。TRIZ 属性中的“可靠度”所对应的服务属性“可靠性”据此相匹配。

（9）与顾客的沟通：沟通有助于了解和准确把握顾客的需求，畅通与顾客感情交流的渠道。TRIZ 属性中的“量测准确度”所对应的服务属性“沟通”据此相匹配。

（10）顾客利益至上：顾客是餐饮服务业的“命脉”，“以顾客为本”应是每个餐饮服务业的信条。TRIZ 属性中的“制造准确度”所对应的服务属性“确实性”据此相匹配。

（11）回应顾客的能力：顾客在选择或接受服务时经常会质询，此时就需要

服务人员快速清楚地回应。如果顾客对回应不满意，就会导致服务失范进而需要进行服务补救以挽回所造成的损失。TRIZ 属性中的“可修复性”所对应的服务属性“服务能力”据此相匹配。

（12）个性化及定制服务：根据消费需求提供针对性的服务并随着需求的改变或新的需求的出现对所提供的服务进行相应改变以塑造符合顾客需求的服务形象，调动顾客的消费欲望。TRIZ 属性中的“适应性”所对应的服务属性“弹性”据此相匹配。

（13）行业竞争力：餐饮服务业要想占得先机，取得良好的业绩和效益，就需要开发和提供差异化的产品和服务。TRIZ 属性中的“生产力”所对应的服务属性“绩效表现”据此相匹配。

表 6　13 项餐饮服务参数对照情况

序号	原始 TRIZ 编号	原始 TRIZ 属性	13 项服务属性	餐饮服务参数属性
1	9	速度	回应性	服务效率
2	12	形状	外观的轮廓	食品外观特色
3	13	物体的稳定性	功能性	服务的内在品质
4	14	强度	专业能力	服务专业技能
5	18	亮度	环境品质	服务环境
6	21	功率	付出的努力	服务态度
7	25	时间耗费	等待时间	服务时间
8	27	可靠度	可靠性	服务的可靠度
9	28	量测准确度	沟通	与顾客的沟通
10	29	制造准确度	确实性	顾客利益至上
11	34	可修复性	服务能力	回应顾客的能力
12	35	适应性	弹性	个性化及定制服务
13	39	生产力	绩效表现	行业竞争力

依照表 6 中的 13 项餐饮服务参数，套用表 3 的 TRIZ 矛盾矩阵，可以建立餐饮服务业矛盾矩阵（见表 7）。其中，矩阵横排表示避免恶化的参数，矩阵纵列表示欲改善的参数，空格中的数字代表表 4 中 TRIZ 理论 40 项创新发明原则的代码。

表7　餐饮服务业矛盾矩阵

避免恶化的参数欲改善的参数	服务效率	食品外观特色	服务的内在品质	服务专业技能	服务环境	服务态度	服务时间	服务的可靠度	与顾客的沟通	顾客利益至上	回应顾客的能力	个性化及定制服务	行业竞争力
服务效率	N/A	17，7，15，18，35，34，3，4，2	28，2，3，5，33，1，18	28，8，3，14，5，40，26	19，35，13，10，24，32，26	19，35，13，36，2，28，38	13，5，10，1，25，19	35，27，28，23，24，2，11，40	28，25，24，32，1，13，17，26	28，10，25，12，16，35，24	28，2，34，13，23，27，1	15，10，28，26，1，30，35	2，3，28，10，13，35，24
食品外观特色	15，35，10，3，34，18，4，1	N/A	35，40，24，31，1，18，33，4	35，7，40，14，9，30，10，3	35，15，28，32，13，24，1	4，6，2，30，1，3，14，7	14，10，28，5，34，24，17，26	40，3，35，10，2，1，16	28，1，37，32，26，3	30，32，40，22，2，25，35	17，13，1，2，35，22	35，1，28，29，15，3，31	13，17，10，26，12，35，1，34
服务的内在品质	40，28，25，13，24，10，33，15，18	1，22，4，35，17，7，3，18，21	N/A	40，17，9，1，5，35，14，4，5	35，3，13，32，27，16，24，7，1，19	35，31，18，24，13，27，32	35，24，10，16，5，29，28，27	35，40，24，31，3，10，5	25，13，37，4，17，26，24	3，25，2，12，5，15，30，18	2，10，24，16，35，15，17，13	40，35，15，30，31，29，2，10，34	5，24，40，3，35，12，13，23
服务专业技能	14，28，8，13，12，26，2	10，40，4，9，35，7，17，30，25	40，35，13，3，17，24，31，5	N/A	35，19，24，28，4，13，1	40，35，3，4，10，28，26	29，19，3，10，5，28，40，4	40，35，5，17，14，11，3，24，31	3，37，28，25，32，23，27，16	3，6，23，2，29，28，25，27	1，2，35，13，24，25，3，11，27	40，35，1，4，17，15，3，24，32	15，35，17，10，14，29，5，3，25
服务环境	19，10，13，28，35，4，5	3，30，13，24，32，35，5，14，1	28，32，35，3，27，40	35，19，12，28，9，40，14	N/A	35，25，19，17，14，28，2，4	19，1，26，35，17，4	35，1，4，32，17，28，5	32，10，37，4，3，11，15	3，35，32，39，37，24	17，13，1，15，10，27，16	15，35，4，40，3，32，23，6，1，19	2，3，15，5，28，37，25，16
服务态度	15，2，19，35，3，14，24，1，13	29，14，15，1，35，2，40，4，3，36	35，31，1，15，40，32，19，10，3	28，40，31，10，35，26，13	19，6，35，25，28，7，31，3，16，23	N/A	10，15，35，6，19，20，4，12	35，2，3，24，26，28，12，37，19，31	2，37，15，25，10，32	2，3，10，14，32，15，12	10，2，35，1 27，34，3，12，15	15，28，19，35，3，34，17，37，12	28，1，35，14，34，2，3
服务时间	28，26，3，10，4，5	7，28，17，4，10，34，9，37	24，5，3，35，17，22，31，28	35，24，3，9，28，18，4	26，1，32，17，13，19，2	35，6，10，1，20，12，24	N/A	35，10，3，14，4，30，28	25，26，32，28，24，34，4	26，25，24，18，28，4，13	17，24，32，1，10，27	28，35，40，13，17，4	10，3，24，5，4，13

续表

避免恶化的参数欲改善的参数	服务效率	食品外观特色	服务的内在品质	服务专业技能	服务环境	服务态度	服务时间	服务的可靠度	与顾客的沟通	顾客利益至上	回应顾客的能力	个性化及定制服务	行业竞争力
服务的可靠度	21，35，11，28，24，4，5，10	35，1，40，4，30，2，17，24，16，11	40，3，5，3，1，39，24，2	35，40，11，3，4，12，1，24，28	35，37，24，13，31，32，3，11，5	35，1，4，10，40，16，3，21，11，26	10，2，25，5，4，30，3	N/A	3，10，37，32，7，4，11，23	1，3，13，10，4，32，39，12，11	1，11，15，27，25，7	35，28，13，12，8，24，29，19，3，4	35，1，10，28，38，29，32，33
与顾客的沟通	28，13，24，5，32，34，35，37	6，28，3，10，13，24，1，37，32	35，32，39，2，37，13，24，12，1	28，24，2，6，10，5，3，32	32，1，35，24，6，10，2，31	3，5，10，24，13，28，6，32	24，28，2，10，6，32，37，26，34	24，5，23，13，11，25，35，1	N/A	28，26，24，23，25，1	28，24，13，32，1，2，11	32，2，10，13，24，6，1	28，26，10，3，13，24，32，34
顾客利益至上	10，32，28，3，17，4，19	30，13，10，32，12，21，40	24，35，33，30，18，3，16	3，17，7，35，29，32，27	32，19，3，2，5，13	2，32，21，16，3，19	28，15，5，18，32，26	28，25，13，1，5，11，32	28，32，18，9，3，25	N/A	3，10，1，25，30，29	35，7，13，1，4，17，12	2，10，39，18，32，16，5，26
回应顾客的能力	34，9，5，15，3	4，7，13，15，17，2，1	2，35，7，19，24，25	1，4，17，9，24，29，3，37，11	15，13，32，1，3	15，10，2，13，1，4，32	5，10，24，25，2，1，31，32	35，10，5，7，11，30，1，16	37，10，13，25，2，24	10，35，2，1，25	N/A	1，7，15，16，4，24，14	2，10，1，32，25，17，13
个性化及定制服务	10，14，35，24，15，28，12，29	15，2，24，30，5，7，17，13，37	35，40，4，14，30，31，24，3	35，40，3，17，13，24，9，19，32，6	1，35，32，19，17，6，22，24，28，26	19，1，24，35，29，28，12	28，15，29，35，4，24，6，10	35，40，8，24，30，10，36，17，31，13	1，10，35，4，37，3，12，13，5	40，35，29，16，25，3，37，4	1，7，4，3，28，2，23，16	N/A	1，15，25，2，10，24，13，17，6，28
行业竞争力	35，3，24，5，4，12，13，19	13，1，17，36，10，30 16，14，34，40	24，35，3，4，2，39，12，25	3，35，5，10，40，28，29，18	1，24，19，31，26，17，32	10，35，28，38，19，15，24，5，20	10，3，6，24，34，1，7	3，1，35，10，14，24，39，9，38	1，28，19，37，4，13，24，3，10，34	3，32，26，18，1，25，35，10	1，10，25，9，2，13，17，32	28，15，29，35，1，10，17，40，36 27	N/A

（三）餐饮服务业适用TRIZ理论说明

如前文所述，TRIZ理论利用39项工程参数、矛盾矩阵以及40项发明创新原则等的主要目的是避免妥协式的改善和“顾此失彼”的结果。通过TRIZ理论的矛盾分析，将欲改善的问题点用参数方式表现，然后对应相应发明创新原则，以提升解决问题的质量和创新服务的层级。囿于篇幅所限，选择“服务效率”和“响应顾客的能力”间的关系说明之。

为避免因推行“回应顾客的能力”的改善而导致“服务效率”的恶化，通

过表7餐饮服务业矛盾矩阵可知二者交叉空格内的创新原则代码为“34，9，5，15，3”。依表4的TRIZ理论40项创新发明原则的解决思路并结合餐饮服务业的实际，以求得“回应顾客的能力”的改善而不损害“服务效率”。

1. 原则34：丢弃与复原

丢弃与复原是抛弃或修正功能已达成或无用的物体或直接复原已经耗尽的零件或物体。在餐饮服务中，通过职业培训，教育服务人员该怎么做，哪些不应该做，服务不能“拖泥带水”，要“有的放矢”，应能准确及时地提供服务，保证服务的高效和品质。这样就可在保证服务效率的同时，使回应顾客的能力得以提升。

2. 原则9：预先的反作用

预先的反作用是在需要的时候事先考虑反作用，如果物体必须要有张力，事先加以反张力。餐饮服务提供者应在餐饮场所张贴宣传资料或口头及时告知顾客消费须知与注意事项，以避免出现消费纠纷而影响经营效果。如果出现质疑或产生纠纷，最好以和解或调解的方式解决，这样能尽快“定纷止争”，也体现了回应顾客的能力与态度。

3. 原则5：结合/合并

结合/合并是同质的物体或产生连续作业的物体在空间上或时间上加以结合/合并。餐饮服务者可以在服务规划中融入顾客的意见或建议，或以搭售优惠、折扣、抵返等方式提供服务，或通过合作、结盟等方式壮大规模和提高实力。如此不仅提高了餐饮服务效率，产生了良好的服务效果，而且体现了回应顾客的能力与水平。

4. 原则15：动态化

动态化是为了在作业的各个阶段使物体的特性和外界环境达到最佳性能而自动进行调整，将物体分成元素以使各元素间的位置能被改变，使无法移动的物体可以移动。餐饮服务内容和形式应多样化、灵活化，以适应不同的需求。如服务价格可以有一定幅度和弹性，给服务人员一定的决策权（如给予顾客折扣优惠的权力），依照顾客的特殊或临时要求提供服务（如依顾客习俗、口味等对菜品配料的使用），为顾客提供上门送餐服务，等等。

5. 原则3：局部特性

局部特性是一个物体由相同成分组成的结构转变成由不同成分组成的结构，具有不同零件的物体可实现不同的功能，将物体各零件置于最适合操作的状况下。餐饮服务可根据消费需求将标准化服务转变为定制化服务，如开设儿童餐厅、情人餐厅、家宴餐厅或儿童套餐、情侣套餐、家庭套餐等，使顾客得到独特的经验和“上帝”的感受。如此提高了行业口碑和形象，吸引更多的顾客消

费，服务效果显著。

总之，餐饮服务业与其他服务行业一样，在经营管理方面都需要与时俱进、创新发展。本文尝试运用 TRIZ 理论对餐饮行业服务创新进行研究，然而，这仅仅是个开始，一些问题仍需进一步厘清和研讨，毕竟工程研究领域的参数与商业服务领域的参数不尽相同，餐饮服务业的特性在研究成果的实际应用中是必须要加以考虑的。

第二节

西安市民食品安全意识及行为调查分析

赵晓风 *

食品作为最基本、最重要的生存资本，对人类生活的影响不言而喻。食品不仅是满足人生理需要的重要物质，同时也是人获得安全需要的重要保障。问题食品和危害食品安全事件的频发极大地损害了人的身心健康，降低了人的生存安全感，影响了人的生活幸福感。食品安全意识影响食品安全行为，不论是食品的生产者还是消费者，其对食品安全的认知、食品安全知识、食品安全态度都极大地影响其食品安全行为。了解市民食品安全意识及其行为，对预防和控制食品安全犯罪有重要的现实意义。以西安市民为研究样本，调查西安市民食品安全意识，分析其食品安全行为及影响因素，进而为食品安全问题提供有针对性的改善策略。

一、研究对象与方法

（一）研究对象

采取整群随机抽样法，对西安市雁塔区、碑林区、未央区、莲湖区四个区的市民各发问卷100份，共400份进行抽样调查，回收有效问卷385份。他们中有大学生，有各类工作人员包括公务员、公司职员、高校工作人员、国家干部等。男性占40.7%，女性占59.3%；大学生占54.7%，工

---

* 西北政法大学公安学院副教授。

作人员占45.3%；最小年龄18岁，最大年龄70岁，平均年龄37.5岁；文科63.1%，理科34.9%；受教育程度高中以下学历16%，大专学历有35%，大学学历有35.3%，大学以上学历有13.7%。

（二）研究方法

采用问卷调查和访谈法相结合的方法。自编调查问卷，主要是对消费者的食品安全意识及维权现状进行调查分析，包括食品安全意识、食品购买行为、食品安全维权意识及行为，食品安全责任及改善策略四个方面。问卷后访谈主要是针对问卷所问问题，更进一步了解被调查市民对食品安全的态度与观点，分析食品安全问题的原因及对策。问卷和访谈所涉及的主要项目为对食品安全的关注度、解决食品安全问题的信心度、食品安全知识及获取途径、购买食品态度和行为、选购食品的首选考虑因素、遇到的食品安全问题的处理方式、食品安全维权意识、对投诉的态度、食品安全的改善策略等。

二、调查内容及结果分析

（一）食品安全意识调查及分析

1. 消费者对食品安全的关注度是较高的

"您关注食品安全问题吗?"25%的人非常关注，67%的人一般关注，6%的人选择无所谓，2%的人不关注。"对于发生三聚氰胺毒奶粉等危害食品安全事件，您的态度如何?"18%的人非常关心，了解很多；63%的人比较关心，了解一些；17%的人不太关心，偶尔听过；2%的人与己无关，不想了解。

2. 消费者对食品安全问题的解决比较有信心

"您对当前我国食品安全形势的看法是如何?"40%的人认为问题多，很难解决，50%的人认为问题多，但努力可以解决；8%的人认为"问题不多，可以解决，2%的人认为"没大问题，不需担心"。"您对自己每天食用的食品放心程度?"8%的人非常放心，58%的人比较放心，28%的人不太放心，6%的人比较担忧。

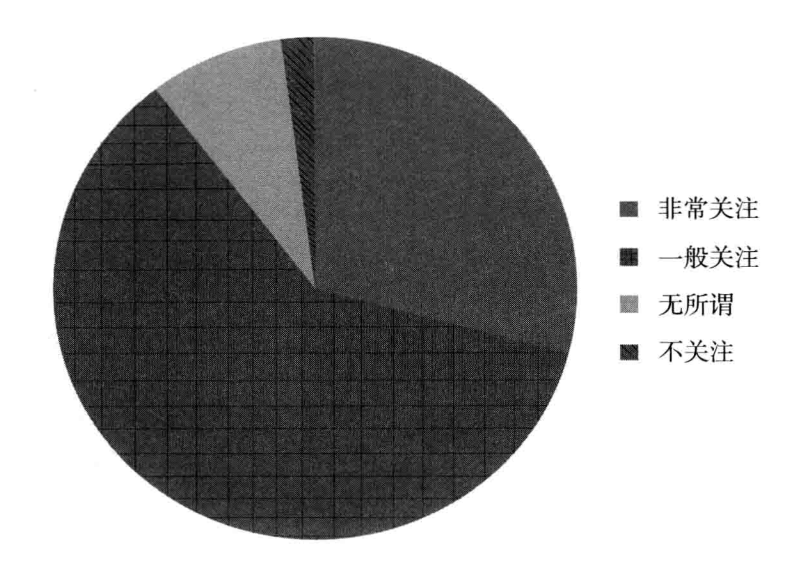


图 1　市民对食品安全的关注度

3. 食品安全意识薄弱，食品安全知识不够

消费者的食品安全意识薄弱。“虽然路边摊的食品卫生条件差，但您还是会去吃的主要原因是什么?”40% 的人认为“虽然不卫生，但口味好”；48% 的人认为“吃一点不会有大碍”；10% 的人认为“看别人都吃，自己也想去吃”：2% 的人认为“不干不净，吃了没病”。这都反映了消费者不健康的饮食理念与习惯，消费者食品安全知识缺乏。对现行的食品安全标准，只有 5% 的非常了解；37% 的人一般了解；49% 的人不太了解；9% 的人根本不了解。“您对《食品安全法》有多少了解?”53% 的人只听过，不了解；28% 的人根本没听说，不了解；只有 4% 的非常了解；15% 的基本了解。通过访谈，许多市民认为自己对食品安全的相关知识和法律了解不够，希望能够通过更多渠道更加全面地了解食品安全相关的知识，从而在食品消费的过程中加强鉴别能力，维护自己的权利。

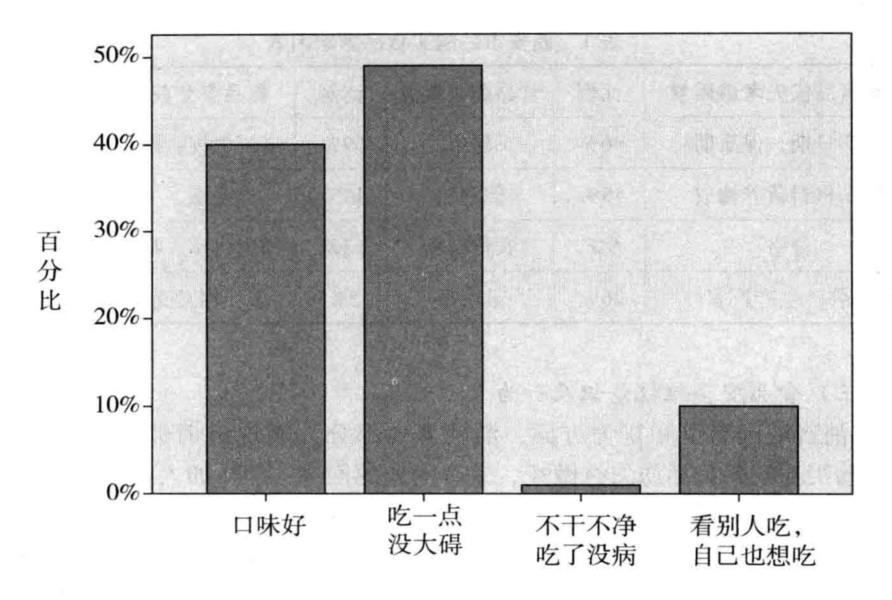


图2 明知路边摊食品卫生条件差，但还是去吃的主要原因是什么

（二）食品购买行为分析

1. 购买食品优先考虑因素

大部分市民认为购买食品优先考虑的因素是与食品安全性最相关的因素，诸如在购买食品时46%的人首先考虑的是食品的生产日期、保质期和有效期；26%的人优先考虑的是品牌、生产厂家；19%的人优先考虑的是食品材料及营养构成；9%的人优先考虑的是食品的价格。其次，购买食品场所。“您购买食品的主要场所是哪里?”69%的被调查者首选超市，认为那里的产品更放心；14%的人选择便利店，他们认为便利店相对卫生、方便；农贸市场等场所出售的食品虽然具有新鲜、价格低、购买方便等优势，但是安全状况得不到保障，因此，仅有12%被调查者选择这一途径。街边的早市、夜市和流动摊贩等容易存在食品安全隐患的地方所出售的食品，只有5%的被调查者选择，会由于上下班时间等问题而选择在这些地方购买食品。最后，在获取食品安全知识途径方面，64%的人是通过电视、网络等媒体；21%的人是通过报纸、书籍；7%的人是通过知识讲座、社区宣传；8%的人通过询问他人、相互交流获得。（见表1）

表 1　西安市民购买食品影响因素

购买食品优先考虑因素	比例	食品购买渠道	比例	食品安全获得途径	比例
生产日期、保质期	46%	超市	69%	电视、网络	64%
食品材料营养构成	19%	便利店	14%	报纸、书籍	21%
价格	9%	农贸市场	12%	知识讲座、社区宣传	7%
品牌、生产厂家	26%	早夜市	5%	相互交流	8%

（三）食品安全维权意识及行为

在消费维权意识和行为方面，消费者大部分人表现出消极、凑合的态度。“如果购买到问题食品您怎么做?”，这个问题的回答：45%的人选择“扔掉不吃即可，就不麻烦举报了”；2%的人认为“已经花钱了，就凑合吃吧”；38%的人“要求退货，私下赔偿即可”；只有15%的人“逐级向相关部门反映以此维权”。“当自己或家人遭遇不安全食品侵害时你怎么办?”调查者中仅有28.4%的人会投诉；39.7%的人表示不会再购买相同食品；26.5%的人表示无可奈何；5.4%的人的表示仅要求商家赔偿。问卷后通过访谈了解，大多数市民遇到过食品安全问题，但是他们很少投诉是因为怕麻烦、花费时间和精力太多、损失金额较小、得不偿失、投诉得不到解决等原因选择忍气吞声，在一定程度上纵容了劣质食品加工者的侥幸心理。

（四）食品安全责任及改善策略

食品安全责任方面主要强调企业责任和执法部门的监管与惩罚。“您认为造成目前食品安全问题最主要原因是什么?”46%的人认为不法食品生产企业利欲熏心；17%的人认为对不法企业的惩罚力度不够；18%的人认为各执法部门沟通不畅，配合乏力；19%的人认为消费者对不法食品的抵制与维权意识不够。调查后访谈许多人也认为，食品安全问题的主要责任是企业为了利益而不顾购买者的健康，生产和销售有安全问题的产品。

食品安全问题改善策略方面，主要强调法律及行政手段。“您认为要改善食品安全现状，最重要的方面是哪一项?”49%的人认为政府应加强立法和查处力度；25%的人认为相关企业应提高食品安全道德法律意识，规范生产；16%的人认为加强食品安全教育，提高全民食品安全意识；10%的人认为应增强消费者的食品安全意识和维权意识（见表2）。大多数访谈者强调用法律手段改变食品安全现状，认为政府应加强食品安全相关立法、查处力度和监管力度。

表2　改善食品安全现状策略重要性的排序

您认为要改善食品安全现状，按重要程度由大到小排序	位序	比例
A 政府应加强食品相关立法和查处力度、监管力度	1	49%
B 相关企业应提高食品安全道德法律意识，规范生产	2	25%
C 加强食品安全教育，提高全民食品安全意识	3	16%
D 增强消费者的食品安全意识和维权意识	4	10%

三、改善食品安全现状的建议

食品是生物链的纽带，关系着每一个人。食品安全问题是牵动全社会，涉及每个人的重要问题，预防和控制危害食品安全犯罪是全社会的共同责任和义务。

（一）改善社会人文环境，为食品创造良好的存在环境

Sockett 认为，不安全因素产生于整个食品供应链的各个环节，但其中一部分危害来自于消费者自身在食品安全方面知识的缺乏。[1] Slovic 在影响食品安全风险认知的具体因素方面进行了开拓性的研究，分离出了决定风险认知的三个公共因素，即：风险的熟悉程度、恐惧感和风险暴露程度。[2] Knight 和 Warlan 的研究表明，不同社会制度下消费者形成不同的世界观、价值观和信念，这导致不同人对同一风险的认知水平不同。[3] 根据互动机制理论，问题食品的出现也是食品生产者与消费者不良互动的结果，食品安全问题的责任不仅在于食品生产者，与食品消费的观念和行为也息息相关。

1. 改变传统习惯，促进消费者树立健康科学的饮食理念及习惯

改善传统饮食理念，树立健康科学饮食理念。首先，在食物加工方面，不良饮食习惯导致对食品安全的危害。长期以来，虽然中餐美味甲天下，但是中餐"重口味，轻营养"，即重视食物口味，而对食物的营养和安全性考虑却是其次的。民众的这种偏好，导致了食品生产者加工食品时，为了味觉偏好，而过

---

〔1〕 Sockett, P. N. "The Epidemiology and Costs of Diseases of Public Health Significance in Relation to Meat and Meat Products", *Journal of Food Safety*, 15 (1995), pp. 91 ~ 112.

〔2〕 Slovic, P. "Fischhoff, B. &Lichtenstein, S. Rating the Risks", *Environment*, 21 (3) (1997), pp. 14 ~ 20, 36 ~ 39.

〔3〕 Knight, A. J. &Warland, R. "Determinants of Food Safety Risks: A Multi - disciplinary Approach", *Rural Sociology*, 70 (2) (2005), pp. 253 ~ 75.

多增加色素、香精、增味剂等食品添加剂。很多时候，这种饮食习惯导致了对食物的营养以及安全性的破坏。加强民众对健康科学食品的认知，适当地改变不良饮食习惯，才能减少不法商贩的投机钻孔机会。其次，改善不良消费习惯。不良的消费习惯为不法商贩提供了投机盈利的机会。长期以来，中国人用“满汉全席”、“山珍海味”、“饕餮大餐”等丰盛的美食来表达自己的热情与好客，可是很多时候人走盘满，过多的剩菜、剩饭为不法商贩提供了可乘之机，他们可能会利用剩菜、剩饭进行二次加工，“地沟油”等都是典型的剩饭菜二次加工的产物。如果能像西餐一样点得够吃就行，没有剩余食品，也就减少了不法商贩投机钻空的情况。如此不仅减少了浪费，而且也减少了食品二次加工带来的安全隐患。

2. 加强社会交流与沟通，促进食品生产者和消费者的相互理解和尊重

食品行业可能是涉及环节最多、人员最为广泛的行业。在食品的生产与消费中，传递的不仅是物质能量，还包括精神和情感。母亲做的食品吃在嘴里是“妈妈的味道”，留在心里是妈妈的爱，海外游子魂牵梦绕的是“家乡饭”的味道和浓浓的乡情，“舌尖上的中国”传递的不仅是中国味道，还有华人的情感和价值观。近年来，食品行业的乱象其实正是显现了我国食品生产者和消费者的矛盾。过分以经济导向的价值观，使得现有食品不仅损失了其自然原味，甚至将毒害物质夹杂到食品中去。这种表层的经济现象，正是反映了深层精神的空虚和情感的缺失。

问题食品的出现是食品生产者和消费者缺乏沟通理解、相互伤害的产物。食品消费者缺乏对食品从业人员的尊敬感，食品从业者又缺乏对消费者生命安全的敬畏感，导致相互伤害的恶性循环。有些人对涉及食品生产加工链条的劳动者是充满歧视的，对他们缺乏尊重和感激之情。涉及食品生产加工的劳动者诸如“种吃的”——农民，“做吃的”——食品工人、厨师，“卖吃的”——小贩等，有些人对这类身份的人和他们的劳动缺乏相应的尊重和理解。食品从业者可能会把自己没被尊重、缺乏理解的不良情绪带到生产劳动中，导致食品质量的下降和对食品安全的危害。

提高对食品生产者的关注和重视，增强其职业价值感。首先，改善农村生活，提高农民地位，提高农作物质量。加强对农村的投入和建设，农村生活条件改善了，才能留住农民。农民只有情系土地，感恩天地，才能安心踏实种植粮食，不只把粮食作为经济来源，也把生产粮食作为崇高的精神追求，这才有可能种植出安全优质的粮食。其次，加强对饮食行业人员的关注和重视，不论是厨师还是食品生产工人，都是维系我们“口粮”的重要的人，尊重和理解他们就是对我们生命的尊重和爱护。

（二）加强食品安全教育，提高全民食品安全意识

目前，不论是食品生产者还是食品消费者，对食品安全意识，对食品安全的认知度都是不够的。加强食品安全教育，促进全民食品安全意识的提高势在必行。

1. 加强消费者的食品安全教育，增加食品安全知识

对消费者来说，要通过媒体对其进行食品安全宣传，让包括学生在内的所有社会群体认识到食品安全的重要性，增强食品安全意识，让假冒伪劣食品无处可逃，这是食品安全防范与规制的必由之路。首先，食品安全教育要从学校做起。学校的课堂中适当地设置食品安全知识、食品安全常识、食品及营养科学，使学生对食品加强了解和认识，从小树立健康科学的饮食理念。其次，加强食品安全社区和家庭教育。社区要开展食品安全的知识宣传、讲座、咨询等方面的活动，促进市民掌握食品安全知识，加强市民在食品辨识、采购常识、食品安全存储、加工知识与技能、健康饮食搭配与调理技能等方面的知识学习与能力培养。

2. 对食品从业者加强食品安全职业道德教育

对食品从业者加强食品安全职业道德教育。虽然任何行业都有职业道德教育，但是以前对食品行业职业道德教育是不够重视的。传统以来，对教师、医生、警察等行业都有较高的职业道德要求，而且在其职业资格考试当中，设有相应职业道德考试的项目。而对关系人吃喝头等大事的食品行业的职业道德却显得不是很重视，没有严格的、明确的规定，任何身份的人、任何场地，只要你想从事食品行业，似乎都是可以的。食品行业道德作为职业生活的行为准则，主要依靠食品行业从业人员的内心信念和良心、行业舆论与社会舆论等道德评价的方式以及职业习惯来发挥作用，调节从业人员的职业行为。加强对食品行业从业人员的职业道德教育，增强食品从业人员的职业道德感，促进其对食品质量的重视、对食品消费者人格的尊重、对生命的敬畏，如此，才能从根本上杜绝不良食品的出现。

（三）加强食品安全相关立法与执法力度

研究结果表明，大部分人认为对危害食品安全行为的惩处力度不够。食品安全违法犯罪行为不能简单地等同于财物性犯罪，它对人民群众的身体健康和生命安全的危害巨大，很难用经济价值衡量，有毒、有害食品就像慢性毒药一样，默默地侵蚀着消费者的机体让人不能觉察，所以，危害食品安全犯罪是对人生命安全的一种侵害，简单的经济赔偿是不够的。

增加对危害食品安全违法犯罪行为的惩处力度是众望所归。惩处力度不够、警戒效果不足，不能有效地抑制食品安全违法犯罪行为。危害食品安全行为之

所以屡禁不止，还是不法商贩通过权衡利弊，认为犯罪收益远远大于犯罪成本，风险不大、有机可乘，即使被抓住处罚也是九牛一毛、不足挂齿，于是明目张胆生产、销售问题食品。一方面增加赔偿金额，使危害食品安全的企业和厂家在巨额罚款下难以抬头，取得经济方面的威慑效果。另一方面对重大危害食品安全事件，尤其是造成人员伤亡的，必须进行严厉的刑事处罚，使不法人员和企业深切地意识到危害食品安全犯罪是对人生命安全的危害，不仅对涉案人士起到惩戒效应，还能对其他企业和民众起到警戒效应。

（四）提高企业食品安全道德与法律意识，规范生产

首先，提高食品生产者食品安全道德。道德控制往往是依靠社会舆论和个人的内心信念来促使人们遵守道德规范，其控制范围更广，能起到法律无法起到的作用。简单来说，就是要激起食品生产者的良心，使他们可以不只是追求利益，而是时刻考虑到食品消费者的健康和生命安全。食品行业道德对于维护食品安全问题的作用效果缓慢，但是道德教化的效果比食品安全法要深刻和持久，能教化人的心灵，提高食品行业从业人员的职业道德觉悟和形成职业道德良知，从而在维护和保障食品安全中能发挥深刻和长远的作用。遵守和执行法律，把法律外在于人心的强制性要求转变为人自觉、自愿的守法、执法行为均需要以道德为基础。食品行业从业者实际的道德状况制约着食品安全方面法律法规的遵守和执行状况，他们道德水平的提高有利于其认真贯彻、遵守和执行食品安全方面的法律法规，而有法不依、执法不严、知法犯法事件的发生，从反面说明了需要具有一定道德素质的人来遵守和执行法律。食品行业道德是食品安全法律法规的有力支撑，也为维护和保障食品安全提供长久的动力。

其次，增强食品生产者食品安全法律意识。食品行业中所涉及的各种利益相关者之间的利益关系错综复杂，必须予以规范才能维护和保障食品行业的健康发展以及各自的正当利益。调查研究发现，大部分人对《食品安全法》和《食品安全法实施条例》不了解，而对食品生产者来说也是听说过但不太了解。必须加强相关企业对食品安全法律法规的学习认识，使其成为规范约束生产行为的尚方宝剑，成为引导企业健康成长的有利航标。明确的法律规定、严格的法律处罚都能在一定程度上起到引导、约束、规范生产的效果。大力宣传贯彻《产品质量法》、《食品安全法》等法律法规，提高生产经营者的食品安全意识和法制意识，促进生产经营者的自律，促进食品质量提高。

（五）促进消费者食品安全维权意识及行为

非法犯罪者与被害人存在着相互作用与互动，食品的生产者与消费者也是同样的。消费者如果对劣质食品忍气吞声，听之任之，就会助长不法商贩的不良行为。反之，如果消费者对问题食品不仅能及时抵制购买，同时还能积极上

报维权，就会抑制其不良行为。从调查结果来看，市民的维权意识不是很强，维权行为不够。一方面，是因为消费者对问题食品非法销售的危害性认识不足。很多消费者，只是从个人的角度去考虑，认为维权花费时间与精力很麻烦，维权投诉成本远高于赔偿，于是会自认倒霉，放弃维权。如果消费者能看到维权行为重要的社会价值，每个人都能及时维权，积极抵制不良食品，不法商贩就无法得逞。另一方面，消费者缺乏对食品安全维权途径的了解和方法的掌握。消费者往往不知道通过何种途径，向哪个部分反映食品安全行为，故食品安全监管相关部门应采用多种形式大力宣传食品维权的途径及方法。通过向市民编印发放食品安全知识手册，设置食品安全宣传栏，在社区进行食品安全讲座，引导居民了解食品安全基本知识，宣传食品安全维权途径及方法，提高市民食品安全认知水平，树立食品安全消费观念，增强对假冒伪劣食品的辨别能力和自我保护能力，并促进市民维权意识及行为的培养与提高。

第三节

治理与预防食品安全犯罪的可能路径

姚　剑 *

我国《刑法》中所确立的食品安全犯罪主要是指在食品生产、销售过程中发生的犯罪活动，虽然此类犯罪侵犯的客体是社会主义市场经济秩序，但是犯罪直接危害的却是广大人民群众的生命健康。近年来，食品安全犯罪日益严重，其影响之大、危害之重、关系之切，已经引起了党中央、国务院、各级政府及司法机关的高度重视。在这一背景下，依据法律严厉打击食品安全犯罪已成为各级司法机关的重要任务。然而在实践中，办案机关遇到了一些问题，其中包括一些疑难问题，这里予以初步的分析，和大家共同探讨。

一、实践中存在的问题

我国《刑法》有两个条文规定了与食品安全直接相关的犯罪，即第 143 条"生产、销售不符合安全标准的食品罪"和第 144 条"生产、销售有毒、有害食品罪"。但根据我国《刑法》的相关规定，危害食品安全的相关行为也可能构成假冒注册商标罪等侵犯知识产权的犯罪，还包括生产、销售伪劣产品罪、非法经营罪、食品监管渎职罪、以

---

* 西北政法大学副教授，法学博士。

危险方法危害公共安全罪等其他犯罪。[1] 有学者把这些犯罪称为“危害食品安全的延伸犯罪”。[2] 本文就实践中发现的主要问题展开讨论，主要但不限于《刑法》第143条和第144条的立法规定及其实践展开。实践中存在的问题主要集中在以下几个方面：

（一）对足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的判断存在障碍

实践中对“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的判断存在障碍，《刑法》第143条规定的生产、销售不符合安全标准的食品罪，其入刑最低标准为足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病。也就是说，生产、销售不符合安全标准的食品罪是具体的危险犯，只有在足以造成严重食物中毒事故或者其他严重的食源性疾病的情况下，才能构成本罪。而实践中这一具体的危险存在与否的鉴定难度非常大，现实中的操作性较差，必须依赖司法解释的进一步阐明，但是司法解释对此处的规定依然较为模糊。根据2001年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，应当由省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定，实践中侦查机关送检后，相关机构，主要为食品药品监督管理局对于送检样品仅仅作出合格与否的判断。在实践中，相应鉴定机构最多列明某项添加剂或者菌类超标以及超标的幅度，而对于人体摄入后是否足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病则语焉不详或者拒绝答复，更拒绝出示书面的证明材料，致使案件缺乏明确的认定依据，往往只得通过降格处理等方式退而求其次，尤其在犯罪嫌疑人被批捕的情况下，给办案各方均带来较大压力。

（二）违法添加食品添加剂的法律适用存在一定盲区

办案实践中，对于《刑法》第144条生产、销售有毒、有害食品罪中，食品添加剂是否属于非食品原料，过期的添加剂是否属于掺入有毒、有害的非食品原料，超标的添加剂是否属于掺入有毒、有害的非食品原料等等这些问题存在不同理解。在生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪构成中，“非食品原料”是一个相当重要的概念。如果行为人掺入的是食品原料，即使是有毒、有害的，也不构成该罪，至多是构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。那么，什么是“非食品原料”在我国食品卫生法规中没有相关定义。从字面上看，可以有两种理解：一是指不是以食品作为材质的原料；二是指不能作为食品原料的物

---

〔1〕 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

〔2〕 胡洪春：“浅论危害食品安全犯罪的刑法规制”，载《犯罪研究》2012年第1期。

质。学界对于“非食品原料”的认识主要有以下两种观点：其一，非食品原料与食品原料是相对的，食品原料指粮食、油料、肉类、蛋类、糖类、薯类、蔬菜类、水果、水产品、饮品、奶类等可以制造食品的基础原料。[1] 持此观点的论者认为，在食品制造领域，经常使用一些非食品原料，如食品添加剂、食品强化剂。[2] 此观点是基于上述第一种理解。其二，非食品原料是指卫生部发布的《食品添加剂使用卫生标准》所列的品种以外的工业原料。[3] 此概念认为我国允许使用的食品添加剂属于食品原料。第二种观点是基于上述第二种理解。在多数情况下，上述不同观点在处理案件时不会带来麻烦，比如三聚氰胺，这是一种具有微毒性的工业原料，无论采用上述哪种观点，都可以得出三聚氰胺属“非食品原料”的结论。但在食品添加剂是否属于“非食品原料”的定性上，“非食品原料”本身的字面歧义导致了两种截然相反的认识，这种认识的不同对定罪产生了重大的影响，不可轻视。

(三) 非法经营数额的计算在一些情形下较难准确掌握

在办理涉及《刑法》第213条假冒注册商标罪和第214条销售假冒注册商标的商品罪案件时，这两个罪的非法经营数额如何计算？现场查获的原料、还未加贴商标的假冒商品能否计入数额，达到何种取证程度才算做有充分证据证明原料、还未加贴商标的假冒商品可列入犯罪数额？实践中已经销售的侵权产品价值、标价多无相关证据证实，要么仅有犯罪嫌疑人的供述，在共同犯罪中多人供述的价格基本吻合时还可以采信，但是供述不一或者单人犯罪的情况下无法采信，此时只能采用被侵权产品即真品的市场中间价，此价格由谁出具合适？何谓市场中间价？对于仅有库存假货被查获的案件，有可能导致罪责刑失衡，因为一般情况下假冒商品的售价低于真品，而如果无法查实其售价、标价，对库存假货采用真品的市场中间价，则可能造成同案不同判。相同情况也存在于《刑法》第214条销售假冒注册商标的商品罪中，未销售的货物货值如何计算？

二、存在问题的讨论：一个初步的解决方案

(一) 鉴定问题的应对

一方面，应当在明晰何为“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”判断标准的前提下，提升法定鉴定机构的鉴定能力，真正肩负起打击

---

〔1〕 王作富主编：《刑法分则实务研究》（上）（第3版），中国方正出版社2006年版，第280页。

〔2〕 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

〔3〕 刘明祥主编：《假冒伪劣商品犯罪研究》，武汉大学出版社2000年版，第177页。

犯罪，保障广大消费者生命健康安全的职责。另一方面，从《刑法》第143条生产、销售不符合安全标准的食品罪罪状的进一步完善着手。所谓罪状是指刑法分则条文对具体犯罪的基本构成特征的描述。生产、销售不符合安全标准的食品罪应由具体危险犯升格为行为犯。生产、销售不符合安全标准的食品的行为已经具有严重的社会危害性。立法者的本意是将该罪与生产、销售有毒、有害食品罪有所区别，因为从一般层面看，毕竟生产、销售不符合安全标准的食品罪比起生产、销售有毒、有害食品罪的社会危害性要小些，但事实上也并不尽然。不符合食品安全标准的食品一样会致人死亡，有时造成的危害并不比有毒、有害食品小，况且，从两罪的主刑上看，已经有所区别。生产、销售不符合安全标准的食品罪在不同情节下分别处以“3年以下有期徒刑或者拘役”、“3年以上7年以下有期徒刑”、“7年以上有期徒刑或者无期徒刑”；而生产、销售有毒、有害食品罪，则分别处以“5年以下有期徒刑”、“5年以上10年以下有期徒刑”、“10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。一方面，通过鉴定能力的提升，解决实践中鉴定意见语焉不详的难题，另一方面，通过未来刑事立法中，将具体危险犯向行为犯的转换，彻底化解实践中对于入刑标准判断难的问题。

（二）“非食品原料”的用语不够准确

根据我国《刑法》第144条的规定，本罪属于行为犯，主观方面为故意，而且必须明知是有毒、有害食品。生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪对象是掺入或掺有有毒、有害非食品原料的食品，其属性必然也是不符合安全标准的食品，但立法者考虑到本罪的具体犯罪行为在手段、情节和主观恶性等方面更加严重，而将本罪独立出来，并设置了更加严厉的刑罚，直至判处死刑。对于这样一个最高刑为死刑的罪名，其犯罪构成理应十分清晰，而且应当能实在反映出是比生产、销售不符合安全标准的食品罪更加严重的犯罪才能达到罪责刑相适应。但是，现行立法对该罪的设置却达不到这样的效果，难以体现立法者的本意。[1]

本罪食品中添加的必须是有毒、有害的非食品原料，因合法合规的添加剂本身仍属于食品原料，对此类情况应当具体案情具体分析。实践中，违法违规的添加剂使用主要存在以下四种形式：一是，违法使用非食品添加剂。二是，超范围使用食品添加剂。三是，超限量使用食品添加剂。四是，使用伪劣、过

---

〔1〕 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

期的添加剂。[1] 其中，第一种是指未经国家食品卫生部门批准或者使用已经明令禁用的添加剂品种，如“三聚氰胺”以及今年发生的“塑化剂”事件。这类行为是本罪的典型形态，毋庸置疑。第二种是指超出了国家强制性标准所规定的食品中可使用的食品添加剂种类及范围。如违规向膨化类食品中添加甜蜜素等甜味剂。此类行为因掺入的物质本身尚属于可食用的范畴，故可能构成生产、销售不符合安全标准的食品罪，而非本罪。第三种是指在食品生产、加工过程中使用的食品添加剂的剂量超出《食品添加剂使用标准》明文规定可以使用的最大量。如防腐剂等超量使用。此类行为和超越范围使用食品添加剂的行为类似，也不属于本罪的调整对象。第四种是指使用伪劣乃至过期的食品添加剂，此类行为将会影响到食品的质量乃至安全性。如含有汞、铅、砷等有毒、有害物质的劣质食品添加剂。在这样的情况下，由于其添加的物质已经超越了可食用的范围，故可认定为构成本罪。[2]

除了根据以上分析在实践中进行仔细识辨之外，在立法中能够进行明晰立法、准确用词，也会让司法实践不再困惑，如有学者建议，使用“非食用物质”替代“非食品原料”，就可以有效解决因为词语使用不当带来的矛盾和困惑。[3]

（三）第213条和第214条非法经营数额的计算

根据最高人民法院、最高人民检察院2004年颁布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》），对侵犯知识产权犯罪所涉及的七种罪名的定罪和量刑作了相对明确的规定。对于销售金额的计算，在《解释》第12条区分三个层面规定了对应的计算方法：基本方法是对已销售的侵权产品的价值，按照实际销售的价计算。同时对制造、存储、运输和未出售的侵权产品的价值，规定按照标价或已查清的侵权产品的实际销售平均价计算，侵权产品没有标价或者无法查清实际售价的，按照被侵权产品的市场中间价核算。[4]

此三种方法不是随意选择适用的，而是具有先后的适用顺序，当且仅当依前种方法无法认定价格时，才适用后种方法核算。这三个层次的计算方法主要在后两种存在问题：一是，关于实际销售平均价格。正如实践中所发现的，侵

---

〔1〕 刘畅：“论我国食品安全犯罪的刑法规制——以《刑法修正案八》与《食品安全法》之衔接为契机”，载《长春工业大学学报（社会科学版）》2011年第6期。

〔2〕 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

〔3〕 刘净：“食品安全犯罪的刑事立法若干问题研究”，载《法学杂志》2010年第11期。

〔4〕 刘军华等：“二审新证据的审查及销售假冒注册商标的商品罪中销售金额的认定”，载《人民司法》2011年第12期。

权商品的价格往往存在一定区间的浮动，有时很难准确查明每一次销售的价格，并且已售侵权商品数量不明时，导致侵权商品实际售价平均价格无从查明。有论者认为，《解释》第12条规定反映出销售侵权产品犯罪行为的隐蔽性以及量多价低、量少价高的市场交易惯例，也正契合实践中嫌疑人销售侵权产品价格存在一定区间浮动，实际销售数量不明的事实。[1] 如果认为唯有在每次销售侵权商品的价格和数量均固定方能计算实际销售平均价，这种认识也存在过于僵化之嫌疑，实际上增加了证据的审查难度。因此，一般应以简单平均的方法核算实际销售平均价，即有两次、两次以上销售价的，取平均值，以该数值作为实际销售平均价，这样就可解决实践中出现的罪责刑失衡问题。二是，关于市场中间价格。我们认为，所谓市场中间价格，是指被侵权产品在销售市场范围内的平均价格，系作为被侵权方无法证明实际损失的一种补救性计算方法。如果有被侵权单位的鉴定价格或者物价部门的鉴定价格，就不适用该计算方法。

三、对问题的整体性反思：可能的根源性治理

食品安全犯罪在现实中出现的诸多问题，从一般层面看，可以归结为诸如犯罪分类缺陷[2]、立法不周延等等方面。我们固然可以通过立法和司法解释的技术性方法来暂时化解这些问题。但是，从更深层次看，食品安全犯罪的治理是一个需要从行政管理、证据立法、法律运行等多方面、全方位立体展开方能取得理想效果的问题。我们认为，从以下三个大的方面进行一些尝试性的变革，可能会从根本上解决实践中存在的一些问题：

（一）行政管理层面：食品安全社会管理水平的提升

打击食品安全犯罪尽管是司法机关的任务，但是在整个社会层面要从源头和根本上治理此类犯罪，必须将应对的环节提前到行政管理领域。其实，在办案实践中我们发现，这些制造、销售不符合安全标准和有毒、有害食品的犯罪行为，如果能在早期进行行政介入，一般还是能降低甚至杜绝其危害性的。2012年6月23日国务院发布的《关于加强食品安全工作的决定》（以下简称《决定》），对食品安全领域社会管理水平的提升提出了新要求和新目标。明确规定未来3至5年食品安全领域行政管理工作的目标为：通过不懈的努力，用3年左右时间，使食品安全治理工作取得显著成效，违法犯罪行为得到有效的遏制；

---

[1] 刘军华等："二审新证据的审查及销售假冒注册商标的商品罪中销售金额的认定"，载《人民司法》2011年第12期。

[2] 彭玉伟："论我国食品安全犯罪刑法规制的缺陷和完善"，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2009年第4期。

用5年左右时间，使食品安全监管机制、食品安全法律法规和标准体系、检验检测和风险监测等技术支撑体系更加科学完善，生产经营者的食品安全管理水平和诚信意识普遍增强，社会各方广泛参与的食品安全工作格局基本形成，食品安全总体水平得到较大幅度提高。此外《决定》还对食品安全的监管、生产经营单位的主体责任、检测、鉴定、技术支撑等等问题作出了一系列细致的安排。监管层面水平的提高，对于食品安全犯罪防微杜渐以及实践中存在的鉴定等难题，会从根本上起到基础性作用。

（二）立法技术层面：建立严格责任犯罪的证明责任制度

在立法层面，食品安全证明责任体系的完善可以对该类犯罪的规制起到较为积极的作用。严格责任是主要适用于高度危险作业和产品责任事故等民事侵权案件中的归责原则。在此类案件中，法律不把行为人对危害后果的主观故意或者过失作为承担赔偿责任的条件。在英美法系国家中，这一民事责任的归责原则被适用到刑事案件中，产生了严格责任犯罪的概念。[1] 所谓严格责任犯罪，按照《布莱克法律词典》的解释，是不要求犯意要件的犯罪，如超速驾驶或企图携带武器登机。在严格责任犯罪的证明中，法律并不要求公诉方在审判中证明被告人有犯罪的故意或过失，只要证明被告人实施了该犯罪行为并造成了损害后果，就尽到了证明责任，法院就可以判被告人承担刑事责任。对于食品安全犯罪行为，符合严格责任犯罪的一些基本特征，基于举证便利或者严厉打击损害人体健康和公共安全的犯罪行为之需要，可以借鉴英美法系国家关于严格责任犯罪的相关立法规定。

（三）司法运作层面：建立行政与司法的沟通协调监督机制

深化案件审理中、案件审结后的检察监督，对检察意见实施情况进行追踪，形成与食品安全监管部门的联动机制。具体说来，可以着力进行以下几个方面的制度建设：一是，建立案情通报制度，实现行政执法与刑事司法资源共享。行政执法单位定期或者不定期向包括检察机关在内的司法机关通报查处食品安全违法和移送公安机关的相关情况。检察机关也应向行政执法机关通报涉及食品安全犯罪的立案监督、批捕和起诉情况。二是，建立检察意见实施情况的跟踪制度。我国2012年《刑事诉讼法》第173条第3款规定，“人民检察院决定不起诉的案件，应当同时对侦查中查封、扣押、冻结的财物解除查封、扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将

---

〔1〕 魏虹：《证据法学教程》，中国政法大学出版社2008年版，第269页。

处理结果及时通知人民检察院”。即在对于符合法定情形作出不起诉决定的同时，对于应当追究相应行政责任的，应当及时提出检察意见，并应由主管机关就检察意见的落实情况及时通报人民检察院。

第四节

浅谈食品安全犯罪的防控对策

王　磊 *

法律作为上层建筑的一部分，是由经济基础决定的，法律不仅调整经济秩序，并且反映经济的发展规律。作为食品安全犯罪也一样深受经济发展的影响，之所以会产生此类犯罪行为，除自然、社会、文化等原因的影响外，恐怕最为直接的原因还是由于市场主体自身受经济利益的驱动。改革开放以来，我国经济迅速发展，伴随着经济的发展，近年来的食品安全问题也十分突出，网络、电视、报纸等新闻媒体关于食品安全问题的报道更是屡见不鲜。

为保障人民群众身体健康、生命安全，依法惩治食品安全犯罪行为，我国《刑法》分别于第 143 条、第 144 条规定了生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪，进而保证食品的安全。为了使得《刑法》所规定的食品安全相关犯罪能够与《食品安全法》相互衔接，经 2011 年 2 月 25 日全国人大常委会《刑法修正案（八)》修订后，将生产、销售不符合安全标准的食品罪原条文中“不符合卫生标准的食品”修改为“不符合食品安全标准的食品”，将“销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金”修改为无限额罚金，取消了基本犯“单处罚金”的规定，增设了“有其他严重情节”的处罚。将生产、销售有毒、有害食品罪原条文中“造成严重食物中毒事故或者其他严重

* 陕西省高级人民法院法官，法学博士。

食源性疾患，对人体健康造成严重危害”修改为“对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节”，将“销售金额50%以上2倍以下罚金”修改为无限额罚金，取消了基本犯“单处罚金”的规定，并将“对人体健康造成特别严重危害”修改为“有其他特别严重情节”。由此不难看出，无论是对食品安全犯罪的处罚力度而言，抑或对于食品安全犯罪的成立条件来看，修改后的刑法一方面加大了对于食品安全犯罪的打击范围，另一方面加重了对此类犯罪的财产刑的处罚，所以，在国家层面上，对于食品安全犯罪的打击程度相对还是比较严厉的。即便如此，仍有学者认为，从食品安全犯罪的严重性看，以及从打击食品犯罪的有效性看，我国《刑法》将其作为破坏社会主义经济秩序犯罪，低估了其性质的严重性，应将食品安全犯罪归类为危害公共安全犯罪中。[1] 笔者认为，若要很好地惩治食品安全犯罪的现象，不仅需要对此类犯罪行为在刑法中对其行为方式和刑罚方式加以设定，还需要注重研究刑法及刑罚规定的合理性，这就促使我们必须考虑食品安全犯罪的对象、特征、原因及当前法律规制中的不足，进而有效地对食品安全犯罪行为予以预防和控制。

一、食品安全犯罪的特征

正所谓民以食为天，食品是维持人类生存，保障机体健康的根本所在，食品安全才能保证生存的安全。自改革开放以来，我们迎来了一个崭新的时代：生活追求逐步提高，市场经济飞速发展，科技发展日新月异，社会分工日益细化。而无论我们今天取得了怎样骄人的成绩，但对食物的追求于人类生活而言，无论是在过去、现在，抑或未来，将始终是一个永恒的话题。食物是人类赖以生存、发展的前提，温饱问题既是人类生存最低层次的需求，也是最基本的需求，我们每天的生活中都有极其重要的一部分内容都是围绕着食物的获取而展开。但近年来类似地沟油、假大米、三鹿奶粉、瘦肉精等食品安全问题的频频出现直接危害到了我们每一个人的身体健康及生命安全，其存在于我们每一个人的日常生活当中，食品安全问题所笼罩的这一层雾霾使民众对中国的食品安全产生了一种心理上的阴影。虽然国家在食品安全问题的监管和防控、法律体系的完善上做出了一系列的实践，但当前的食品安全形势依然相当严峻。保障食品安全已成为保护人类生命健康，提高人类生活质量，促进食品贸易和维护

〔1〕 张亚军、李素娟：“我国食品安全刑法保护之反思与重构建议”，载《河北法学》2012年第10期。

世界和平与发展的基础。[1] 在研究食品安全犯罪的预防和对策过程中，有必要首先对食品、食品安全及食品安全犯罪的特征有正确的认识。

（一）食　品

我国《食品安全法》规定："食品，指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。"依此定义，食品的范围应当包括如下三类：一是，供人食用或者饮用的成品；二是，供人食用或者饮用的食品原料；三是，按照传统既是食品又是药品的物品。[2] 此处值得强调的是，这里的食品的概念当属狭义的界定，仅指供人食用或饮用的食品，至于食品的生产者可以是任何生产、制造食品原材料及食品的人，《食品安全法》对于食品的界定是基于食品的本质功能，对食品本身的认定也只是一个客观的、事实的认定。在食品安全犯罪中，如生产、销售有毒、有害食品罪，这里的食品不仅注重食品本身可以食用或者饮用的功能，也包括那些不能食用却打着食品名义的食品。对食品的定义实则应做广义的理解，食品应该包括其原料、半成品、成品、为生产食品的需要而加入到食品中去的任何物质。所以，《食品安全法》中的食品与我们在食品安全和食品安全犯罪中所讲的食品有联系，也有区别。至于《食品安全法》和《刑法》中各有不同外延的食品在这里并不是我们要讨论的重点，究竟哪个规定的更为合理，或者行政法和刑法上的规定如何做到衔接，此处就不再展开。

（二）食品安全

根据我国《食品安全法》的规定，食品安全（food safety）指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。根据世界卫生组织的定义，食品安全是"食物中有毒、有害物质对人体健康影响的公共卫生问题"。食品安全也是一门专门探讨在食品加工、存储、销售等过程中确保食品卫生及食用安全，降低疾病隐患，防范食物中毒的一个跨学科领域，所以食品安全很重要。[3] 食品安全要求生产的食品符合食品安全的标准，其最终目的是为了能够保证人类生存和健康，对于食品安全在人类需求层次从低到高的变化过程中，可以分为数量上的安全、质量上的安全、可持续的安全三个不同的层次。

---

〔1〕 刘为军、潘家荣等："关于食品安全认识、成因及对策问题的研究综述"，载《中国农村观察》2007年第4期。

〔2〕 陈烨："食品安全犯罪的对象研究"，载《西南政法大学学报》2012年第4期。

〔3〕 西部网："中央农村工作会议：食品安全是对执政能力重大考验"，载 http：//news. cnwest. com/content/2013－12/25/content_ 10512463. htm，访问日期：2014年7月30日。

（三）食品安全犯罪的特征

食品安全与否影响到整个人类是否能够健康的生存和发展，而食品安全犯罪之所以存在也有其独有的特征，也正是由于这些独有的特征才使得其与其他类型的犯罪相区别，想要更好解决这一危害现象的存在，首先需要认识和了解的便是食品安全犯罪的特征。

1. 食品安全犯罪形势严峻

对中国消费者协会从2008年至2013年受理投诉的案件经过整理，其中涉及食品安全的投诉量，在中国消费者协会统计的居前10位的商品和服务中稳居前4位（具体排名见表1）。

表1　有关食品安全投诉量在消费者协会统计的居前十位商品和服务的排名〔1〕

年份	2008	2009	2010	2011	2012	2013
名次	2	3	4	4	3	2

有关食品安全的案件投诉数量虽在一些年份中总量有所降低，但总数量在总体呈现的排名和总量的趋势上仍是居高不下（见表2）。仅2013年，工商系统查处11.7万件食品安全案，案件总值2.6亿元。〔2〕截至2014年5月底，陕西全省各级公安机关共摸排食品类案件线索1800余条，破获食品类案件221起，给相关行政部门移送案件945起，发起集群战役2次，抓获违法犯罪嫌疑人404人，其中刑事拘留257人，批准逮捕57人，移送起诉29人，涉案金额5408.6万元。〔3〕

表2　消费者协会统计的有关食品安全的数量（单位：件）〔4〕

年份	2008	2009	2010	2011	2012	2013
件数	46249	36698	34789	39082	29213	30360

〔1〕数据来源：中国消费者协会网，http：//www.cca.org.cn/web/xfts/newsList.jsp？id=306，访问日期：2014年7月21日。

〔2〕中国食品网："2013年工商系统查处11.7万件食品安全案 案件总值2.6亿元"，载http：//www.chinafood365.com/news/show-10231.html，访问日期：2014年7月21日。

〔3〕中国食品传媒网："陕西启动2014年食品安全宣传周并通报上半年食品安全情况"，载http：//www.cnfmg.com/index.php/Article/view/id/20090，访问日期：2014年7月21日。

〔4〕数据来源：中国消费者协会网，http：//www.cca.org.cn/web/xfts/newsList.jsp？id=306，访问日期：2014年7月21日。

2. 食品安全犯罪危害后果严重

2008年9月9日，甘肃一媒体报道了因食用三鹿奶粉造成14名婴儿肾结石事件，引发了舆论的一片哗然，后经查证奶粉之所以出问题，是由于奶农在原奶加工生产中不法添加三聚氰胺所致。奶粉竟然有毒，这样的当头一棒着实让人毛骨悚然，与奶粉一样让人胆战心寒的还有地沟油事件、假羊肉事件、毒胶囊事件、烂果门事件、农夫山泉事件、肯德基事件、镉大米事件、毒淀粉事件等等。这些问题产品中有很多都紧密的围绕着我们的日常生活，我们难以保证我们食用的产品安全与否，这等同于将自己的生命与健康交给了市场中的商家们来处置，食用的产品将会对我们造成什么样的严重危害后果都不得而知，这将多么可怕。在生产、销售食品的过程中，有毒、有害食品直接侵害人民群众的生命与健康，在短期内也不会发生反应，且表现不出危害，而是经过一定的潜伏期之后才会爆发，并且一旦发生，往往会有救治时间紧迫、受害群体广、死亡率高、后遗症严重、不易控制、赔偿金额巨大、社会影响极其恶劣等危害后果。[1]

3. 食品安全犯罪主体多元

中国目前生产力还处于较低水平，食品原料最主要的供应者还是分散经营的农民，食品初级生产加工还以个体工商户及小型企业为主体。[2] 这些主体有的以自然人身份出现，有的又以单位或者集体的身份出现，呈现出主体多元化的特点。从当前的食品安全犯罪情况来看，有关食品安全犯罪的行为类型主要集中在生产、经营、监管这几个领域当中，由此，从逻辑上可以顺利地推导出来食品安全犯罪主体的范围也就主要集中在上述领域。因此，对于食品安全犯罪而言，没有固定的主体类型，这也就自然给预防和控制食品安全犯罪带来了实践中的诸多困难。在生产者和经营者当中，不乏一些主体没有食品安全的意识，更别谈按照食品安全标准来生产、销售食品，甚至有很多生产者、销售者赖以生存的基础都是仅仅依靠这些不符合食品安全标准的食品。

4. 食品安全犯罪手段多样

由于对食品安全自身有其予以规范的标准，这便使其具有较为宽泛的外延，所以，实施食品安全犯罪的手段便具有了多样性的特点。根据《刑法》及与食品安全犯罪相关司法解释的规定来看，食品安全犯罪具体有以下不同种类的行

---

〔1〕 黄秋雄、陈东阳等：“加大打击食品犯罪力度 构建食品安全长效机制——广东省韶关市中级人民法院关于危害食品安全犯罪的调研报告”，载《人民法院报》2013年12月12日，第8版。

〔2〕 任端平、潘思轶等：“论中国食品安全法律体系的完善”，载《食品科学》2006年第5期。

为手段：生产、销售含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的；生产、销售属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的；生产、销售属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的；生产、销售婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的；生产、销售其他足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形；在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，违反食品安全标准，超限量或者超范围使用食品添加剂，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的；在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中，违反食品安全标准，超限量或者超范围使用添加剂、农药、兽药等，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的；在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，掺入有毒、有害的非食品原料，或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品的；在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中，使用禁用农药、兽药等禁用物质或者其他有毒、有害物质的；在保健食品或者其他食品中非法添加国家禁用药物等有毒、有害物质的；以提供给他人生产、销售食品为目的，违反国家规定，生产、销售国家禁止用于食品生产、销售的非食品原料的；违反国家规定，生产、销售国家禁止生产、销售、使用的农药、兽药，饲料、饲料添加剂，或者饲料原料、饲料添加剂原料的，等等。

二、食品安全犯罪的成因

食品安全问题之所以产生，归根结底是由于其在很大程度上受到了自然原因、制度原因、社会原因、经济原因、法律原因等方面的影响，而这些原因又非各自独立发挥效果，通常情形下各种原因相互交织综合促使食品安全犯罪的发生。

（一）自然原因：食品的自身特质影响其长期储存

食品同其他很多物品不同，受其自身特质的影响，在自然存在的过程中有其一定的保质期，而作为产品的保质期又非绝对的固定，常常受来自自然界如空气的干燥程度、气温的高低程度、天气的晴朗与否等多方面因素的影响，从而使得其在存储的过程中有了相对规律的保质期，一旦过了保质期，便可能发生霉变、腐烂等其他变质现象，此时，作为食品的生产、经营者若违背食品存储规律不加以销毁或者在生产的过程中添加诸如防腐剂之类的物质而将其投入市场进行流通，必然会导致食品安全问题，并肯定会对人身健康产生危害。这样一来，对于食品的生产、经营者而言，为避免成本损失，在经济利益的驱使下，往往铤而走险，以低投入换取高利润，选择实施违法犯罪行为。

（二）制度原因：欠缺统一的食品安全标准与监管部门

在制度上，食品安全监管机制主要指食品安全监管体制内食品安全监管部门、有关单位和利益相关方之间相互联系、协同工作的过程和方式。[1] 具体到承担食品安全监管职能的几大主体部门，如食品药品监督管理局、质检局、工商局等机构根本就没有与之相对应的行政组织法。[2] 这些部门除了要对食品的安全进行监管之外，还承担有其他大量的行政执法任务，所以，他们是否有足够的能力来应对食品安全监管是让人怀疑的。同时，由于当前对于食品安全问题而言，各食品行业中并没有一个统一的食品安全标准，更使得监管部门的监管和控制成为问题，所以，才让那些食品的生产、经营者在这种生产、经营的状况下有机可乘。

（三）市场原因：市场经济条件下的利益追逐和市场文化观念中道德滑坡

就食品安全犯罪而言，行为人持有或储藏危险食品不是目的，其目的是最终通过销售等方式获得利益。[3] 我国当前无论是法律制度，或者是社会经济发展，还仍处于发展中的阶段，参与市场竞争的食品生产、经营者们对于法律及道德的认识水平和认识程度存在严重的偏颇，为了养家糊口，获取最大的经济利益，他们盲目的在市场竞争的利益追逐中追求金钱、财富的获取、积累，从而对于食品安全与否在所不顾，只考虑其能否为自己带来经济利润。这是发展中的问题，至于如何解决不仅关乎法律问题，同样关乎道德问题，而在当前我国的经济发展中难以看到国家对此方面的关注。所以，很多无良商家在市场经营和竞争中为攫取最大的经济利益，不顾道德、良心，一味地追逐最大利益，对其生产、销售的食品安全与否在所不问。因此，一个社会如果道德滑坡，食品安全往往是重灾区；反过来讲，提升食品安全指数，道德重建是重要一步。[4]

（四）法律原因：相关法律、法规及政策不力

长期以来，我国食品安全相关法律法规主要是以实现部门管理目标为目的，主要以部门行政管理中存在的问题为规范对象，以惩治违法行为为主要立法内容。[5] 经长期实践，我国目前已经建立了一系列的食品安全法规，大大完善了

---

〔1〕 刘丹松：“当前食品安全监管法律实践问题研究与分析”，载《当代法学》2012 年第 2 期。

〔2〕 肖艳辉、刘亮：“我国食品安全监管体制研究——兼评我国《食品安全法》”，载《太平洋学报》2009 年第 11 期。

〔3〕 刘伟：“风险社会语境下我国危害食品安全犯罪刑事立法的转型”，载《中国刑事法杂志》2011 年第 11 期。

〔4〕 舒洪水：“关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考”，载《河南财经政法大学学报》2012 年第 2 期。

〔5〕 任端平、潘思轶等：“论中国食品安全法律体系的完善”，载《食品科学》2006 年 5 期。

我国食品安全的法律体系。除《民法》、《侵权责任法》、《刑法》外，还包括有《食品安全法》、《农产品质量安全法》、《农业法》等法律作为食品安全立法的法律基础。即便如此，当前的法律制度并非尽如人意，仍存有很大程度的缺陷。主要有以下不足：立法主体的多元使得食品安全的定义自身缺乏统一具体的标准，同时导致有关的法律之间缺乏良好的协调；主管部门分工的不明确使得相关法律的操作性大打折扣，并且出现各利益部门相互争抢或推诿管理责任的情况；我国食品安全相关法律中缺乏对政府作为监管者责任的关注，仅更多关注生产、经营者的责任，难以达到食品安全市场对于监管者所应承担的责任的要求；我国食品安全相关法律对相关主体的违法犯罪行为的责任设定范围较窄且处罚较轻，所以生产、经营者经利益权衡后敢于以身试法，导致法律的权威性大大降低，从而难以满足打击食品安全犯罪的迫切要求。

三、对食品安全犯罪的防控

（一）制定科学的食品安全标准

要对食品安全犯罪加以防控，首先应尽快在各食品生产、加工、经营等行业内制定相应的食品安全标准，形成符合我国发展实际情况的食品安全标准体系，促使各参与市场竞争的食品行业主体有序竞争。

《食品安全法》对于食品标准的制定权进行了明确规定，但其中享有食品安全标准制定权的主体众多，食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布，国务院标准化行政部门提供国家标准编号；食品中农药残留、兽药残留的限量规定及检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定；屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。[1] 目前，我国分别有1000多项食品工业国家标准和食品工业行业标准以及500多项进出口食品检验方法行业标准，但标准之间交叉重复、混乱无序。[2] 另外，由于这一系列的体制是一套自上而下的体制，而食品安全标准需要相关从事者来遵守，难免使得其在管理的过程中与市场的实际情况不相符合，管理部门的决策实际生存能力也相对比较弱。

所以，完善我国的食品安全标准体系，一方面应确立食品安全标准的制定主体，改变自上而下制定标准的现状；另一方面，对现有的食品安全标准进行

---

〔1〕 颜海娜："我国食品安全监管体制改革——基于整体政府理论的分析"，载《学术研究》2010年第5期。

〔2〕 林闽钢、许金梁："中国转型期食品安全问题的政府规制研究"，载《中国行政管理》2008年第10期。

清理，修正完善，以避免出现标准交叉、重复和矛盾的现象，尽快建立科学、统一、权威的食品安全标准体系。[1] 同时，完善食品安全的市场准入的法律制度，确立食品安全的承诺、召回、销毁及公布制度。

（二）加强政府的统一监管

要想有效控制并预防危害食品安全犯罪，必须以社会控制理论为指导，构建行之有效的食品安全犯罪的社会控制体系。[2] 针对长期以来政府在食品安全监管领域中所表现出的无力状况，必须采取措施加以改变，杜绝执法部门各自为政的现象。建立独立的监管机构统一监管全国食品安全，将现有的食品监管机构的职能全部合并，或者把现有机构的有关职能全部剥离，也是一种可以考虑的选择。[3]

从长远来讲，我国应顺应国际食品监管发展趋势，改变目前多头监管的现状，走向合并整合，把目前食品安全监管的责任从数十个部委集中到一个部门。[4]打破“科层制政府”下部门之间的自我封闭状态，强化部门之间的协调与合作，促进政府功能的整合以及部门之间资源的共享。[5] 在加强统一监管的过程中，不仅要树立统一监管部门的权威性，也要强调合理整合食品安全各个环节的监管权力分配，减少食品生产、加工等具体实施过程中的监管主体，促使权利统一行使。

（三）重视市场经济竞争主体道德素养的提升

放松政府经济性规制是我国社会主义市场经济不断完善的内在要求，而社会性规制的加强则成为保障市场有效运行、发挥功能的重要举措，并日益成为政府介入市场经济的主要方式。[6] 其中，应对市场文化观念中食品行业主体的道德素养降低或缺失的问题，应重视社会性规制的效果，国家在市场经济的发展过程中，既要发挥其在法律和政策上宏观调控的作用，促使经济健康发展，也要重视对参与市场竞争的主体在道德文化上同社会发展过程的同步运用。

法律和政策在更多的时候是通过外在的强制力保障其落实，相比起来，道

〔1〕 李先国：“发达国家食品安全监管体系及其启示”，载《财贸经济》2011 年第 7 期。

〔2〕 黄宇：“中国食品安全犯罪的社会控制研究”，载《理论与改革》2014 年 1 期。

〔3〕 曾祥华：“食品安全监管主体的模式转换与法治化”，载《西南政法大学学报》2009 年第 1 期。

〔4〕 郑风田、胡文静：“从多斗监管到一个部门说话：我国食品安全监管体制急待重塑”，载《中国行政管理》2005 年第 12 期。

〔5〕 颜海娜：“我国食品安全监管体制改革——基于整体政府理论的分析”，载《学术研究》2010 年第 5 期。

〔6〕 张红凤、陈小军：“我国食品安全问题的政府规制困境与治理模式重构”，载《理论学刊》2011 年 7 期。

德文化则是一种内发型的约束力量，这种内发型的约束力量若要发挥好其在促进经济发展时的积极作用，也需要法律、政策的完善并与其相互协调配合。

食品行业本就是一个凭良心做事的行业，从事食品生产、加工多是在消费者消费之前便已经完成，呈现在消费者面前的多是成品，在成品制造完成后不凭借专业知识难以判断其有毒、有害与否。对于食品行业来说，要注重对生产、加工过程的约束，对其约束除了制度上的监管之外，为防止食品商人谋取最大化的私利，需要在国家扶助人民生产、生存过程中同时对其加强道德上的约束，而道德上的约束受其自身执行力的限制，更多地产生于行为人自身的内心良知。

"徒善不足以为政，徒法不足以自行"，所以对食品生产、加工、经营等主体在道德文化素养上的提升和监督除需要相关主体自我道德提升、约束和法律、政策的监督外，也需要食品安全标准和社会舆论宣传等多方面共同作用的发挥。

（四）完善食品安全相关的法律体系

应对当前食品安全法律体系的不足，为规范食品安全市场，保障食品安全，完善相关法律体系成了历史发展的必然。所以，完善我国食品安全相关的法律体系尚应着重考虑以下内容：

扩大食品安全法律的调整范围，完善法律体系，强调各法律之间的协调性，使立法具有一定的前瞻性，注重食品安全全程监管，引入风险分析与管理，预防为主，通过立法明确执法主体，建立、完善中央政府与省级政府农产品安全监管协调机制，分清职责，依法管理，注重效果。

学习先进经验，以风险分析为基础引导制定食品安全标准，提高食品安全相关法律的现实操作性，加大处罚力度，加强责任追究，摒弃食品法律中责罚不明、执行不力的弊端。

完善重大食品安全事件应急体系、食品安全标准体系、食品检验检测体系等，建立健全食品安全相关基本制度并增强各制度间的协调性，从而方便市场监管，消除标准之间的交叉、重复、矛盾、缺失和不规范等问题。

明确食品安全监管体制，明确监管职责，建立和健全完善、科学、有效、集中统一的食品安全监管体系，解决多头执法最终效果不佳的现状，建议在政府食品安全委员会建立高效运转协调机制的基础上，进一步整合监管资源，明确监管职责，加大食品综合监管力度，推进综合执法和联合执法，使各部门既各负其责又加强协作，解决各自为政、多头执法、交叉执法的问题。

立足国情，与国际标准接轨，创建中国特色的食品安全监管体系，加快制定新的《食品安全法》，完善食品法律责任体系，对食品安全的方针、原则、政策、措施及监管体制、主体、法律责任等从法律上予以规定。

第五节

犯罪学视角下食品安全犯罪的原因与防控探究

初德元 *

“民以食为天，食以安为先，安以质为本，质以诚为根。”这一俗语朴实地反映了人类生存的物质依赖性和需求保障逻辑性。人类所食用或可食用的食品也经历了由单一到丰富，由求温饱到重营养，由顺天时到跨季节的过程。生活品位、追求层次在不断提高人们的物质生活的同时，也加剧了物质超利用以及市场催化的转变。在经济高速发展、食品市场活跃、营养需求稳升的环境下，无论是发展中国家还是发达国家都发生了一些“食品丑闻”事件。食品关乎国计民生，食品安全犯罪对消费者生理和心理的危害是难以估量的，中国政府对食品安全的重视也提升到了前所未有的高度。

一、食品安全概况

中国的饮食文化源远流长，是中国传统文化的重要组成部分。从新石器时代的碾磨除杂到周朝的鼎镬烹食，从周朝的八珍技艺到春秋战国的四大菜系，从汉唐的物产引进到辽金的茶食广推，从元朝的涮烤清真到大清的满汉全席，中国的饮食文化历经各朝代的广积，显示了厚重的饮食文化底蕴。

---

* 西北政法大学刑法研究生。

（一）食品与食品安全

犹如饮食逐渐多元丰富一样，各国对食品的内涵界定也有所区别。国际食品法典委员会（CAC）的《食品法典》把食品界定为：食品是人们食用的所有加工、半加工或未加工过的物质，包括原料、口香糖以及任何在食品加工生产或处理过程中食用的物质，但不包括化妆品、烟草或仅作药用的物质。欧盟的《食品法》中规定：食品（食品原料）是指任何用以被人类吸收和消化的加工、部分加工、未加工的物品或物质，包括饮料、口香糖、水，或者其他的制作、准备、处理食品过程中有意加入的物质；食品不包括饲料，置于市场上供人类消费以外的活的动物，收获前的植物，依照欧盟指令属于药品、化妆品、烟草和烟草制品的物质，依照联合国麻醉药品和精神药品会议决议属于麻醉或精神药品的物质，残留与污染物。[1] 我国《食品安全法》第99条规定："食品，指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但是不包括以治疗为目的的物品。"在以上三个关于食品范围的阐述中，欧盟的食品含义的外延最大，既列举了食品应涵盖的范围，又排除性地列举了非食品类型。相比之下，我国的食品界定有不周延性。

食品安全是越来越引起重视的话题，其最早可以追溯到古罗马时代。食品安全也是一个发展中的概念，经历了由"量的安全"向"质的安全"的重心转移。我国《食品安全法》规定："食品安全，指食品无毒、无害，符合应当有的营养要求，对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。"这也体现了我国对食品安全已经达到了需求"质的安全"的层次。从更广阔的纵向维度看，食品安全可以表述为食品（食物）的种植、养殖、加工、包装、贮藏、运输、销售、消费等活动符合国家强制标准和要求，不存在可能损害或威胁人体健康的有毒、有害物质，不会导致消费者病亡或者危及消费者及其后代的隐患。[2]《食品安全法》取代《食品卫生法》就是一个很好的例证，也同时说明了对食品安全的需求达到了新的境界。食品安全既包括生产安全，也包括经营安全；既包括结果安全，也包括过程安全；既包括现实安全，也包括未来安全。[3] 食品卫生具有食品安全的部分特征，要求食品达到卫生标准，即食品应当无毒、无害，符合应当有的营养要求，具有相应的色、香、味等感官性状。卫生的食品不一定是安全的食品，而安全的食品一定是卫生的食品。食品安全包含食品卫

---

〔1〕臧冬斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社2013年版，第3页。

〔2〕赵福江、罗承炳等：《食品安全法律保护热点问题研究》，中国检察出版社2012年版，第5~6页。

〔3〕臧冬斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社2013年版，第5页。

生，食品卫生是食品安全的应有之义。

（二）食品安全犯罪特征

据《食品工业“十二五”发展规划》预测，到2015年，食品工业总产值将达到12.3万亿元，增长100%，年均增长15%；利税达到1.88万亿元，增长75%，年均增长12%。食品工业总产值与农业总产值之比提高到1.5：1。食品工业的发展前景大好，然而，近年来食品安全问题频发，充斥舆论报端，甚至有很多已经构成食品安全犯罪，引发了全社会的极大关注。如广东“毒大米事件”、阜阳“假奶粉事件”、金华“毒火腿事件”、“苏丹红事件”、“三聚氰胺事件”、“毒生姜事件”、“瘦肉精事件”、“地沟油事件”，以及新近曝光的上海福喜“过期门事件”。食品安全问题的事例不胜枚举，这些事件反映出了食品安全问题的以下特征：①食品安全问题发生的主体分布广泛。既有农产品，又有副产品。种类上包括了瓜果蔬菜、油盐酱醋、肉品海产等。②食品安全问题多发于食品加工环节。“毒大米事件”就是在漂白加工中掺入矿物油，其中含有能剧烈致害的黄曲霉素。“三聚氰胺事件”则是在奶制品中添加了三聚氰胺（俗称密胺、蛋白精），而且其不可用于食品加工或食品添加。③受害者的数量众多，波及范围广。据统计，因饮用三鹿劣质奶粉已有1200多名婴儿出现肾疾，超过50多人因患肾结石而有生命危险。这些奶粉也多销往农村地区，信息的反馈和症状的显露也需要一个过程，但是不可掩盖的是每次食品安全问题披露后其带来的都是血淋淋的教训和沉重的反思。④食品安全事件发生后，社会反映强烈。食品是人类生命活动的重要物质基础之一，与人民生活息息相关。媒体网络的发展使得信息的传播更为迅速、便捷。社会大众生活水平提高，更加注重卫生和营养。一种食品发生安全问题，会直接牵连其他相关产品或者使整个行业格局发生变化。

二、食品安全犯罪原因分析

犯罪是一种社会疾病，要规制完善的犯罪对策，发掘犯罪原因是必不可少的。犯罪原因，也即犯罪生成的总根源，与犯罪之间是因果关系。犯罪是非常复杂的社会现象，犯罪成因也是多方面、多层次的。在犯罪行为产生的背后是一个因果链条，而且是个纵横交错的原因论系统，形成系统结构犯罪原因论，可以依次划分为：犯罪人的个性（犯罪心理、动机等）、犯罪诱因、犯罪直接原因、犯罪基本原因和犯罪根源。所以，从形式上看，犯罪根源就是指系统结构犯罪原因论中的最深层的犯罪原因，是处在犯罪因果链条终端的犯罪的“终极

原因”。[1] 食品安全犯罪的犯罪原因也是一个复杂的系统，每个因素都不会单独地导致犯罪的发生，在“犯罪场”中由诸多因素相互作用、相互影响而产生。每个食品安全犯罪个案的犯罪原因也会有差别，其生成机制也有其独特性。以下对广义的食品安全犯罪的犯罪原因进行分析：

（一）心理原因

犯罪心理是与犯罪行为的产生、发展、实施状态、完成行为相关的一系列心理活动的总和。心理作为指导行为的主观依据，作为影响犯罪发生的内在因素，其作用不可小觑。就个体的犯罪心理而言，犯罪心理的生成可以分为四个层次：第一层次，人格缺陷的形成；第二层次，犯罪意识的生成；第三层次，罪过心理的生成；第四层次，犯罪心理的转化。[2]

人格缺陷是个体在社会生活环境中所形成的不健全的人格倾向，也即缺陷人格，而且这在很大程度上是由后天的社会交往所形成，而不是切萨雷·龙勃罗梭意义上的“天生犯罪人”。这种不健全的人格倾向会体现在社会态度和生活方式上。个体不可能孤立地存在，因此，这种人格缺陷会受到普遍的行为准则的评价，甚至被评价为犯罪，人格缺陷也就偏离了社会的普遍价值取向。心理需求会推动缺陷人格寻求心理平衡，犯罪动机由此形成。犯罪动机的实现要有犯罪目的和犯罪对象，这一切要素的具备使得犯罪的决议更加坚固，进而形成犯罪意识。个体偏离主流价值的欲望的强烈程度是犯罪意志的表现，在犯罪意志的推动下促使犯罪意识转变为现实，意志因素和认识因素加快了犯罪心理形成。犯罪心理形成之后，不会一成不变，还会随着自我意识、社会反应等因素的变化而变化。心理变化可以分为两个角度：良性转化和恶性转化。在食品安全犯罪中，犯罪心理也是经过了这样的演变过程。无论是食品（食物）种植者、养殖者，还是加工者、生产者，抑或是销售者，其心理的变化有相同之处而又各不相同。

（二）生理原因

现代犯罪学认为，由于被害人自身可能存在认识上的、情感上的、道德上的过错，引起或诱使了犯罪行为的发生。在食品安全犯罪中，被害人自身的身体状况、生理特征也可能对食品安全问题的发生起到间接作用。生理原因主要是考虑的受害者特殊的身体素质。特异体质，从医学上来讲仅指胸腺淋巴特异体质。但是在从法律角度考虑犯罪因果关系时，对特异体质如此狭窄的界定是不合适的，无论在我国，还是在国外，法学界均从法学研究的角度出发对特异

---

〔1〕 王牧：《犯罪学基础理论研究》，中国检察出版社2010年版，第199页。

〔2〕 梅传强：《犯罪心理生成机制研究》，中国检察出版社2008年版，第11~14页。

体质的内涵和外延进行界定，并将特异体质作为俗语来使用。[1] 法学视野里的所谓“体质特异人”，是指具有潜在致命性疾病或者具有其他足以致命的个体条件的人。体质特异人具有特有的敏感性、易感性体质，对外来刺激的反应异常剧烈，并往往会由此产生一般人身上不会发生的病理反应，该病理反应常常会迅速引起死亡。[2] 严格来讲，特异体质乃完全是个人因素，人人皆有，只是程度不同而已，在考虑因果关系时，对因果关系有影响的特异体质主要有渗出性体质、胸腺淋巴体质、出血性体质、过敏性体质、肝脏机能低下症及实质性脏器脂肪变性症。[3]

每个人的身体素质、免疫能力都有所差别，每个人的身体都具有特殊性，这也是某种意义上的特异体质。但并不是食用（饮用）食品而导致身体不适都定论为食品安全问题。当然，食品安全也是相对的，不存在绝对的食品安全。纵观各重大食品安全事件，其受害人数往往众多，绝大多数也不是因为自身的特异体质，而是因食源性疾病、食物中毒所致。体现在食品安全犯罪中的特异体质，应作为食品安全致使危害结果扩大时考虑的情形，单纯因特异体质引起危害结果时，应慎重考究是否与食品安全有关。

（三）制度原因

食品安全犯罪的犯罪原因体现在制度上有市场准入、监管制度、标准制定等方面。市场准入是为了保证产品质量的举措，要求具备条件的食品生产、经营者才能进行食品生产、经营活动，但是在我国农村地区和城乡接合部仍然活跃着繁多的食品生产加工小作坊。《食品安全法》规定：“食品生产加工小作坊和食品摊贩等从事食品生产经营活动，应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求，保证所生产经营的食品卫生、无毒、无害”。这只是设置了原则性条款，市场准入门槛低。我国的食品安全监管体制采取的是分段监管为主、品种监管为辅的监管体制。我国监管食品安全的行政机构涉及农业、卫生、食品药品监督管理局、质量监督、工商、环保、商务部、公安等近10个部门，农业部门负责初级农产品生产环节的监管，质监部门负责食品生产、加工环节的监管，工商部门负责食品流通环节的监管，卫生部门负责餐饮业和食堂等消费环节的监管，食品药品监督管理部门负责对食品安全的综合监督、组织协调和依法查处重大事故。多部门的分段监管在理论上减轻了各部门的任

---

〔1〕 臧冬斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社2013年版，第83页。

〔2〕 朱霁、陈宇：“致体质特异人死亡的轻微暴力行为的法律定性”，载《时代法学》2011年第3期。

〔3〕 臧冬斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社2013年版，第83页。

务量，且使得监管更具有专业性，但也同时造成了部门间相互掣肘、相互推诿的现象，致使监管效率低下。食品安全重大事件往往是在媒体炒作之后才引起相关部门的注意，并最终真相大白于天下。2014 年 1 月 ~ 7 月，国家食品药品监督管理总局共公布国家标准 18 次，其中涉及新公布或修改的国家标准 718 项，其中不乏食品安全相关的国家标准。如此繁多的国家标准，还有为数更多的地方标准、行业标准等，还有生产标准、包装标准、运输标准、贮存标准，数量之多，变更之大，难以让标准执行者及时使用，甚至连执法者也难以明确标准的要求。另外，对于转基因食品、食品新品种、特殊食品也缺乏完善的制度保障。

（四）经济原因

食品安全犯罪的经济原因主要涉及两方主体：生产、经营者和消费者。美国经济学家汤普逊认为市场经济主要的特征包括：经济资源和生产资料私人所有制、个人选择自由、竞争、利润动机以及市场需求和供给条件所决定的价格。食品的生产、经营者在社会主义市场经济中，也鲜明的具有利润动机需求。如马克思《资本论》所言："资本家害怕没有利润和利润太少，就像自然界害怕真空一样。一旦有适当的利润，资本家就胆大起来。如果有 10% 的利润，他就保证到处被使用；有 20% 的利润，他就活跃起来；有 50% 的利润，他就铤而走险；为了 100% 的利润，他就敢践踏一切人间法律；有了 300% 的利润，他就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。"获取更大的利润有两条途径：增加销量和降低成本。销量需要多时的客户积累和巨大的宣传服务，而降低成本则一直是生产、经营者的首选。因此，滥用添加剂，降低生产环境卫生标准，降低包装标准等乱象丛生。

消费者是市场经济的最终推动主体，生产、经营者的产品经过销售获得收益。根据美国心理学家亚伯拉罕·马斯洛的需求层次理论，人的需求可以分为：生理需求、安全需求、爱和归属感、尊重和自我实现五类，这五个需求层次是依次由较低层次到较高层次排列的。在经济不够发达的时期或经济能力弱的阶层，更加注重生理需求的满足。只有当低层次的需求得到满足后，高一级层次的需求才会映入眼帘。我国现在正处于社会主义市场经济的转型期，社会阶层有明显的特征：社会主要群体弱势化、中间阶层发育缓慢、精英群体结盟。中国经典古籍《史记·管晏列传》有曰："仓廪实而知礼节，衣食足而知荣辱。"经济水平的发展程度限制了人的需求层次。在全面建设小康社会的征途中，中间阶层和精英群体需求更有品位的、营养膳食型生活，对食品安全越来越看重；但仍生活在农村或城乡接合部的低收入群体更看重的是食品的价格。市场需求的多层次性也决定了生产供应的多元化。

（五）文化原因

饮食文化是中国传统文化的重要分支。中国饮食文化的差异性可以从自然环境差异和人文境况不同两个方面表述。中国幅员辽阔，降水量、日照、温差差异明显，民族、宗教的不同也使得饮食习惯有所差别，这都展现了饮食文化的不同品味和食材的不同价值。中国是农业国，传统饮食习俗也是以植物性食料为主，主食是五谷，辅食是蔬菜，外加少量肉食，这种饮食搭配符合“养助益充的营卫论”。在烹饪技艺上，讲究“色、香、味”俱全。中国饮食文化是一种广视野、深层次、多角度的悠久区域文化，在食源开发、食具研制、食品调理、营养保健和饮食审美方面独具特色。在现代社会中，人员流动便捷、迅速，食品也随着人员的流动而流传。不同的饮食习惯本身并不能带来食品安全问题，食材的选取除少部分人对某食材会产生过敏反应外也不会造成食品安全问题。但是，烹制方法的多样则可能会引起食品安全问题的发生，类似食品安全事件的发生多为烹制环境不卫生、相克食物混吃中毒等。

三、食品安全犯罪的防控策略

犯罪防控是立法和司法的重要目的。针对犯罪原因的分析，最终也是为了犯罪的有效防治。严格意义上的犯罪预防是以消除或限制诱发犯罪的环境因素或实施犯罪的机会为目的的各种措施和活动的总称。[1] 针对食品安全犯罪出现的原因，提出以下几项防控策略：

（一）建立健全食品安全信用体系

诚信，乃为人处世之本。市场经济更是以信用为纽带维系的经济体系，没有信用将寸步难行。食品是人类社会赖以生存和发展的最基本的物质条件，食品安全状况如何，直接关系着广大人民群众的身体健康和生命安全，关系着我国国民经济与社会的协调发展，关系着全面建设小康社会目标的实现。

食品安全信用体系是一个庞大而系统的工程，其内部是各个协调系统的相辅相成，主要包括六个方面的内容：一是，建立食品安全信用管理体制。食品安全综合监管部门、政府相关部门、行业协会、食品企业、消费者，五位一体，配合进行监督管理。二是，建立食品安全信用标准制度。实现信用信息的互联互通，实现资源共享，避免重复建设，应当制定统一的基础信息标准。三是，建立食品安全信用信息征集制度。食品安全信用信息征集是食品安全信用体系运行的基础，对食品安全信用的评价、披露以及监管产生直接影响。四是，建

〔1〕 张远煌：《犯罪学原理》，法律出版社2008年版，第444页。

立食品安全信用评价制度。食品安全信用评价制度包括食品安全信用评价机构的选择、评价指标的确定、评价等级的划分、评价方法的确定和评价结果的产生等。五是，完善食品安全信用披露制度。明确食品安全信用信息的披露主体、披露原则、披露渠道、披露程度等制度。六是，完善食品安全信用奖惩制度。根据信用等级状况，积极推进食品安全监管部门在各自监管领域对食品生产经营企业实行分类监管。[1]

（二）完善食品安全标准制度

食品安全标准是指为了保证食品安全，保障公众健康，对食品加工、流通和消费食品链全过程中影响食品安全和质量的各种要素以及各个关键环节进行控制和管理所规定的统一技术要求。截至2013年7月，我国已制定公布303部食品安全国家标准，覆盖六千余项食品安全指标。虽然食品安全标准数量庞大，但无论从“质”上还是“面”上仍有提升空间。

食品安全标准是《食品安全法》的重要配套制度，要完善食品安全标准体系。食品安全是一个“从农田到餐桌”的过程，中间包括种植（养殖）、生产加工、包装、贮运、销售等环节，要不断完善食品安全标准体系的总体框架。在市场经济不断发展、进出口贸易比重逐年攀升的国际经济环境下，继续建立一批与国际接轨的食品安全标准制度，防止贸易壁垒。食品安全标准具有专业性强的特点，而且新的标准不断出台。因此，要加大食品标准的宣传力度，让市场监管主体和生产、经营主体都能对最新的标准知情。我国的标准体系由四级构成：国家标准、行业标准、地方标准、企业标准。在适用规则上，没有国家强制性标准的适用行业标准或地方标准，没有国家标准或行业标准的，应制定企业标准。现阶段，应加大国家标准和地方标准的适用，为庞杂的食品安全标准体系瘦身。建立完整的食品质量安全标准法规信息体系，如农产品标准化信息服务平台、农业投入品及食品添加剂标准法规信息平台、食品质量安全信息服务平台、WTO/TBT通报预警信息平台，给农业从业者、食品生产加工企业、政府有关行政部门、科研单位、检验检测机构等提供权威、快捷、便捷、优质的服务。[2] 食品安全标准信息服务体系的优化，既能起到宣传优质、安全、标准化的食品的作用，又能引导高品质消费。

（三）严格食品安全市场准入制度

市场准入制度要求进入市场销售的食品必须符合保障人身健康和财产安全

---

〔1〕 张炜达：“论我国食品安全信用体系的构建”，载《中国产业》2011年第1期。

〔2〕 赵福江、罗承炳等：《食品安全法律保护热点问题研究》，中国检察出版社2012年版，第43页。

的国家强制性标准。食品市场准入制度也称食品质量安全市场准入制度，是指为保证食品的质量安全，具备规定条件的生产者才允许进行生产、经营活动，具备规定条件的食品才允许生产、销售的监管制度。食品市场准入制度的框架结构包括进入市场、市场交易、退出市场三个环节。[1]

进入市场必须满足相应的要求，要有相关的食品生产标准，食品的生产者或经营者要通过食品安全监督管理系统进行食品备案，以及配合食品监督管理部门对进货渠道进行监管的票证准入制度。对食品生产加工企业实行生产许可证制度。对食品生产加工企业的环境条件、生产设备、加工工艺、原材料、执行产品标准、人员资质、储运条件、检测能力、质量管理制度和包装要求等项目进行审查，并对其产品进行抽样检验。[2] 在市场交易环节，除了经营者自己对食品进行检验外，还要接受质监部门的监测。行政执法部门按照各自的分工对食品供应链条的各个环节进行全程监督，完善全程追溯制度。市场准入并不只是进入市场，还具有不合要求的经营者退出市场的寓意。退出的方式有协议退出和强制退出两种。对于危及人体健康、人身安危或者具有潜在严重危害的食品采取责令停止销售或临时查封等措施，强制不合格食品退出市场。

（四）改进食品召回制度

《食品召回管理规定》第 4 条规定：食品召回是指食品生产者按照规定程序，对由其生产原因造成的某一批次或类别的不安全食品，通过换货、退货、补充或修正消费说明等方式，及时消除或减少食品安全危害的活动。但是在作为我国食品安全保障基本法的《食品安全法》中，虽规定了食品召回制度，但是没有对食品召回制度作出明确界定。食品召回的方式主要有主动召回和责令召回两种。但是，目前我国的食品召回大都是被责令召回，相反，在食品安全比较发达的国家中，食品召回以企业自愿召回为主。针对我国现处的转型时期，我国的食品安全召回应采取引导自愿主动召回，严惩责令召回和拒绝召回相结合的召回制度。鼓励、引导企业对有缺陷的产品积极进行召回，企业虽会因此受到短暂的影响，但是长远看来，对企业的发展是有利的。要加大对消极召回或拒绝召回者打击的力度，让违法者不能、也不敢逃避召回的法律责任。在发达国家，法律对问题食品的生产、经营者处罚非常严厉，如美国法律规定，无论金额大小，只要有制假或售假的行为就构成犯罪，处以 25 万美元以上 100 万

[1] 张涛：《食品安全法律规制研究》，厦门大学出版社 2006 年版，第 243～244 页。
[2] 陆德彪：“食品市场准入制度解读与应对”，载《茶叶》2004 年第 2 期。

美元以下罚款，并处5年以上监禁。[1]

在召回的过程中或召回之后，国家质量监督检验检疫总局应当责令食品生产者召回不安全食品，并发布有关食品安全信息和消费警示信息，或者其他避免危害结果发生的措施。及时发布相关信息，既能把危害降到最低，又能防止发生相关行业的信任危机。因为近年来出现多次严重危害社会的食品安全事件，虽然《刑法》已经有相关的规制，如生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪，但是对于消极召回或拒绝召回而致使危害严重扩大或造成恶劣社会影响的，可以通过刑法规制此类召回行为。正如学者所建议针对不履行或不正确履行食品召回义务，情节严重的行为，设立不履行食品召回义务罪。[2] 刑法是最后的防线，加重对相关负责人的惩处，使食品生产企业望而却步，最大限度地保护消费者的合法权益。

（五）构建社会共治格局

食品安全，社会共治，人人有责。中共中央政治局委员、国务院副总理汪洋在参加2013年食品安全宣传周时指出，要发挥社会主义的制度优势和市场机制的基础作用，多管齐下、内外并举，综合施策、标本兼治，构建企业自律、政府监管、社会协同、公众参与、法治保障的食品安全社会共治格局，凝聚起维护食品安全的强大合力。实行社会共治，关键是落实各方责任。企业要落实主体责任，自觉树立质量意识，健全管理制度，形成层层追溯、相互制约机制。政府要履行监管责任，创新监管方式，建立覆盖“从农田到餐桌”全过程的最严格的科学监管制度。社会要强化监督责任，形成人人监督食品安全的天网，让不安全食品没有市场，让生产经营者“一处失信、寸步难行”，让不法分子无处藏身。

构建社会共治格局，需要政府相关部门、生产者、经营者、消费者，以及所有社会公众的参与。社会共治体现在突出责任共担，监管主体由“部门监管”转向“综合施治”。综合施治并不是“九龙治水”，而是建立在责任明确的基础上的综合共治。其中，各级政府要发挥主导作用，监管部门要发挥主力作用，企业要发挥主体作用。食品安全要突出公众参与，监管模式由“单兵作战”转向“社会协同”。这需要更好地发挥好行业协会的组织管理作用，更好地发挥群众团体、社区组织的参与作用，更好地发挥舆论的监督作用。[3] 2014年7月19

---

〔1〕 张舒：“论我国食品召回制度的构建与完善”，载《安徽工业大学学报（社会科学版）》2009年第1期。

〔2〕 臧冬斌：《食品安全法律控制研究》，科学出版社2013年版，第236页。

〔3〕 戴辉：“加快建设食品药品安全社会共治格局”，载《中国食品药品监管》2013年第8期。

日，以“汇集你我力量，确保食品安全”为主题的“首届全国食品安全信息监察专员座谈会”在北京召开。多股社会共治力量的不断凝聚，必将对食品安全起到有益推动作用。

四、结　语

物质生活水平的逐步提高，人们对生活的期望值也不断升高。食品安全是一个现实的话题，是一个历史性的话题，又是一个发展着的话题。三十年前我们没有如此关注食品安全，那时候解决温饱是关键；三十年后我们也不会如此关注食品安全，那时法治秩序将会完善。近年来关于食品安全的立法不断推陈出新，2014 年 6 月 30 日，《中华人民共和国食品安全法（修订草案）》向社会公开征集意见。食品安全工作实行预防为主、风险管理、全程控制、社会共治，建立最严格的监督管理制度。食品安全法律体系不断完善，使打击食品安全犯罪有法可依、执法必严。因为食品安全中的食品是流通性的，既可能有外在形态的变化，绝大多数也会有空间位置的转移，对食品安全进行监管就必然是多方的配合，各制度贯穿于食品（食物）的种植、养殖、加工、包装、贮藏、运输、销售、消费等各个环节，层层嵌套。除了严密的制度规范，还需要行业协会、舆论媒体、社会公众的大力参与。食品安全事关全人类福祉，也正是因为其与人的生命息息相关，所以每个公民都有责任为食品安全贡献一份力量。

[General Information]
书名=食品安全犯罪的罪与罚
作者=舒洪水主编；陈京春，付玉明副主编
页数=302
SS号=13680920
DX号=
出版日期=2014.11
出版社=中国政法大学出版社

封面
书名
版权
前言
目录
第一章　食品安全犯罪的认定
第一节　食品监管渎职罪的认定及适用
第二节　生产、销售有毒、有害食品罪中的“明知”
第三节　生产、销售有毒、有害食品罪若干问题研究
第四节　对生产、销售有毒、有害食品罪司法解释的理论解析
第五节　生产、销售有毒、有害食品罪疑难问题研究
第六节　生产、销售有毒、有害食品罪的认定
第七节　食品安全监管渎职类犯罪的因果关系
第八节　食品添加剂的安全标准与罪量判断
第九节　论生产、销售不符合安全标准的食品行为行政不法与刑事不法的区分
第二章　食品安全犯罪的立法完善
第一节　关于我国食品安全犯罪刑法规制的思考
第二节　食品安全犯罪的刑事立法问题
第三节　论我国食品安全的刑法保护
第四节　规范论在食品安全犯罪中的贯彻
第五节　浅议食品安全犯罪中的司法鉴定问题
第六节　试论在刑法中增设非法持有不安全食品罪
第七节　食品安全犯罪的资格刑研究
第八节　对食品安全犯罪主体配置资格刑的建议
第三章　食品安全犯罪的预防
第一节　基于TRIZ理论的餐饮服务业创新研究
第二节　西安市民食品安全意识及行为调查分析
第三节　治理与预防食品安全犯罪的可能路径
第四节　浅谈食品安全犯罪的防控对策
第五节　犯罪学视角下食品安全犯罪的原因与防控探究